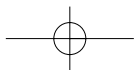
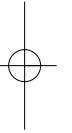
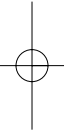


# INTANGIBLES

## La fiscalidad del capital intelectual



**DR. TULLIO ROSEMBUJ**  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
de la Universidad de Barcelona

# INTANGIBLES

## La fiscalidad del capital intelectual



Barcelona, 2003

Primera edición, 2003

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *Copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella, mediante alquiler o préstamos públicos.

© El Fisco

© G.L.E.T. S.L.

Edita: El Fisco

Vía Augusta, 125, entlo. 4<sup>a</sup>  
Tel. 93 201 79 85  
Fax 93 201 47 06  
08006 Barcelona  
e-mail: [rosembuj@dret.ub.es](mailto:rosembuj@dret.ub.es)

© Tulio Rosembuj

ISBN: 84-477-0852-7

Dep. Legal: B-26.323-2003

Maquetación: Página 98

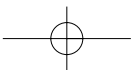
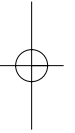
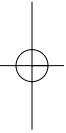
Impreso por: PPU

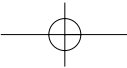
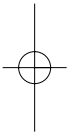
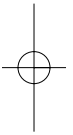


*“Yo digo que hay un valor denominado “espíritu”, como hay un valor petróleo, trigo u oro. Digo valor, porque es capaz de apreciación, juicio de importancia, y también discusión sobre el precio que se está dispuesto a pagar por éste valor: el espíritu.*

*Podemos invertir sobre este valor: y seguir su cotización como dicen los hombres de la Bolsa, podemos observar sus fluctuaciones...”*

*(Paul Valéry, La Liberté de l'esprit, 1939)*





# Índice

Prólogo .....	17
---------------	----

## PRIMERA PARTE: EL CAPITAL INTELECTUAL

<b>1. La innovación.....</b>	<b>25</b>
1.1. De la innovación al capital intelectual.....	25
1.2. El capital intelectual .....	28
1.2.1. La organización del conocimiento. K.E. Sveiby.....	28
Activos intangibles .....	29
Valores visibles .....	29
Estructura externa.....	29
Estructura interna.....	29
Competencia.....	29
1.2.2. El capital intelectual. L. Edvinsson .....	30
1.2.3. El capital intelectual. T. A. Stewart .....	31
1.2.4. La definición de Cañibano-García Ayuso-Sánchez.....	33
1.2.5. El estado de la cuestión.....	35
1.3. Los intangibles.....	37
<b>2. La empresa como idea de organización.....</b>	<b>41</b>
2.1. El derecho (subjeto) de empresa.....	41
2.2. La organización .....	44

2.3. La organización representada por el establecimiento mercantil . . . . .	47
2.3.1. La universalidad de bienes y el patrimonio neto empresarial . . . . .	49
2.4. La organización del establecimiento: situación posesoria . . . . .	51
<b>3. El fondo de comercio. . . . .</b>	<b>55</b>
3.1. El fondo de comercio. concepto. características. . . . .	55
3.1.1. La autonomía del fondo de comercio . . . . .	57
3.2. El valor del fondo de comercio . . . . .	58
3.3. El cálculo del fondo de comercio. . . . .	61
3.4. Definición de fondo de comercio en la doctrina francesa. La clientela. . .	64
3.5. El fondo de comercio como el crédito en el mercado . . . . .	67
3.5.1. La prohibición de competencia. . . . .	69
3.5.2. La cláusula de información . . . . .	71
3.6. El bien jurídico de la información. . . . .	72
<b>4. Contenido del fondo de comercio . . . . .</b>	<b>76</b>
4.1. El secreto posesorio. . . . .	77
4.1.1. El secreto industrial. . . . .	77
4.1.2. El know-how . . . . .	82
4.1.3. La franquicia . . . . .	85
4.1.4. Investigación y desarrollo. . . . .	85
4.1.5. La obligación de contabilidad y el secreto (contable) posesorio. . .	89
4.1.6. Los intangibles (derechos) reales . . . . .	92
4.1.6.1. El derecho de superficie . . . . .	93
4.1.6.2. El derecho de usufructo . . . . .	94
4.2. El secreto propietario . . . . .	95
4.2.1. La patente y los modelos de utilidad . . . . .	95
4.3. Signos distintivos de la empresa. . . . .	96
4.3.1. El nombre o la razón social es elemento del fondo de comercio. . .	97
4.3.2. Brand . . . . .	98
4.4. La creación intelectual . . . . .	100
4.4.1. Programas informáticos . . . . .	100
4.4.2. Aplicaciones informáticas . . . . .	102
<b>5. La medida del fondo de comercio . . . . .</b>	<b>102</b>
5.1. El valor de mercado. . . . .	104
5.1.1. Gastos ordinarios o activos. . . . .	105

---

 ÍNDICE
 

---

5.1.2. La autorealización y la adquisición .....	106
5.1.3. La amortización y la vida útil.....	108
5.1.3.1. El libro blanco .....	111
5.1.4. Amortización por año y por vida (legal) útil.....	112
5.1.4.1. Capitalización, realización y depreciación .....	114
5.1.5. Métodos globales de valor del capital intelectual.....	116
Market-to-book ratios .....	116
Q de Tobin.....	117
Knowledge capital scoreboard y value chain scoreboard.....	118
5.1.6. Indicadores no monetarios.....	120

**SEGUNDA PARTE: LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL**

<b>1. El Fondo de Comercio .....</b>	<b>125</b>
1.1. La tutela del Fondo de Comercio .....	125
1.2. El Fondo de Comercio de autorealización .....	126
1.3. El valor o desvalor del Fondo de Comercio. La realización.....	133
1.4. La adquisición del Fondo de Comercio .....	135
1.4.1. Amortización del Fondo de Comercio adquirido .....	139
1.5. El Fondo de Comercio financiero .....	141
1.5.1. Provisión por depreciación de valores en el Fondo de Comercio financiero.....	143
1.5.2. Fondo de Comercio financiero para entidades no residentes .....	145
1.5.3. Las participaciones en el capital entre transmitente y adquirente en el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. el artículo 103.3. LIS.....	148
1.6. El Fondo de Comercio inicial. Los gastos de primer establecimiento .....	150
1.6.1. Régimen de la investigación y explotación de hidrocarburos.....	152
1.7. El Fondo de Comercio amortizable .....	152
<b>2. La renta de la actividad económica de la persona física .....</b>	<b>157</b>
2.1. El Fondo de Comercio del profesional y el empresario .....	157
2.2. El patrimonio empresarial y particular .....	161
2.3. La contabilidad y la cuasi contabilidad.....	164
2.3.1. Contabilidad mercantil y libros registro fiscales .....	166
2.4. El valor probatorio de la contabilidad.....	169
2.5. La separación entre contabilidad mercantil y fiscal .....	172
2.6. El trabajo autónomo.....	174

<b>3. El patrimonio de la persona física</b> .....	176
3.1. El capital humano del trabajo autónomo .....	176
3.1.1. La actividad empresarial y profesional .....	177
3.1.2. La exención del patrimonio del trabajo autónomo .....	178
3.1.3. La exención de la función de dirección en determinadas organizaciones .....	180
3.1.4. El Fondo de Comercio familiar .....	181
3.2. La sucesión y donación de la empresa familiar .....	185
3.2.1. Las donaciones en el IRPF .....	186
<b>4. El IVA y el Fondo de Comercio</b> .....	187
4.1. La sujeción del empresario .....	190
4.2. La sujeción del profesional .....	191
4.3. La no sujeción de los sujetos pasivos de regímenes especiales del IVA .....	191
4.4. El arrendamiento de empresa y el Fondo de Comercio .....	193
4.5. Franca y los derechos de registro .....	194
<b>5. El secreto posesorio</b> .....	195
5.2. La cesión de know how .....	198
5.3. El know how y asistencia técnica .....	199
5.3.1. Contratos mixtos. La franquicia .....	203
5.4. Las licencias de uso de know how. el arrendamiento .....	205
5.5. El uso del know how. la adquisición mediante canon .....	206
<b>6. Investigación y desarrollo</b> .....	208
6.1. Bien jurídico de ejercicio o de resultado .....	208
6.2. Investigación y desarrollo e innovación tecnológica .....	212
Investigación .....	212
Desarrollo .....	212
Innovación tecnológica .....	213
6.2.1. Estructura de la deducción fiscal .....	214
6.3. I+D. Bien jurídico de ejercicio .....	215
6.4. I+D. Las condiciones de patentabilidad .....	217
<b>7. El secreto propietario</b> .....	219
7.1. Los signos distintivos. la marca .....	219

---

 ÍNDICE
 

---

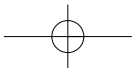
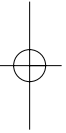
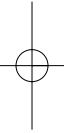
7.1.1. La marca como marketing intangible .....	222
7.2. El nombre comercial .....	224
7.3. Los colectores de clientela .....	224
<b>8. Innovación, invención, patente .....</b>	<b>226</b>
8.1. Leasehold interest .....	230
8.2. Las invenciones laborales .....	231
8.2.1. La irregularidad de la contraprestación en la renta del trabajo, de la profesión y empresa .....	234
8.3. El inventor profesional .....	237
8.4. La empresa de inventor .....	238
8.5. La renta pasiva .....	239
<b>9. La creación intelectual .....</b>	<b>241</b>
9.1. La provisión por depreciación de fondos .....	243
9.2. Los programas de ordenador y las bases de datos .....	246
9.3. La renta de creación intelectual .....	249
9.3.1. El trabajo personal .....	249
9.3.2. El trabajo profesional .....	254
9.3.3. La actividad empresarial .....	255
9.3.4. La renta pasiva .....	256
9.4. La imputación temporal de los derechos de la propiedad intelectual e industrial .....	257
<b>10. El patrimonio de las personas físicas y la propiedad intelectual e industrial.</b>	<b>258</b>
10.1. Las exenciones .....	259
<b>11. El IVA y las prestaciones de servicios .....</b>	<b>262</b>
11.1. Localización de las prestaciones de servicios internacionales .....	265
<b>12. Las transmisiones patrimoniales .....</b>	<b>266</b>
<b>13. Amortizaciones del inmovilizado inmaterial .....</b>	<b>267</b>

### TERCERA PARTE: EL CAPITAL HUMANO

<b>1. El capital humano</b> .....	277
1.1. El capital humano como activo .....	279
1.2. Concepto económico .....	280
1.2.1. La Tesis de Carnelutti .....	284
1.3. La concurrencia de la posesión del fruto del capital humano .....	287
1.3.1. Las invenciones laborales .....	290
1.4. La imagen del capital humano .....	292
1.5. La discriminación cualitativa de los rendimientos .....	298
1.5.1. La doble imposición del ahorro .....	300
1.6. El derecho constitucional al trabajo .....	301
1.7. La medida del capital humano .....	304
1.7.1. Indicadores monetarios .....	305
1.7.1.1. El Banco del Conocimiento .....	305
1.7.1.2. The Balanced Scorecard .....	306
1.7.1.3. La fórmula Human Capital Monitor .....	307
1.8.2. Indicadores no Monetarios .....	308
1.8.2.1. The Intangible Assets Monitor .....	308
Indicadores de crecimiento/renovación .....	309
Indicadores de eficiencia .....	309
Indicadores de estabilidad .....	309
1.8.2.2. Human focus. El modelo Skandia .....	310
1.8.3. Indicación financiera-económica .....	311
1.8.3.1. la valoración de seres humanos según Rolph y Break ...	311
1.8.3.2. El Informe Carter sobre el Impuesto sobre la Renta ...	314
1.8.3.3. J.M. Dodge. Capital Humano vs. Inversión .....	314
<b>2. El capital humano del trabajador</b> .....	316
2.1. El gasto amortizable .....	317
2.2. El activo del trabajo colectivo .....	319
2.3. El valor del capital del trabajo .....	321
2.4. Las reducciones .....	324
2.4.1. Las reducciones de los rendimientos irregulares .....	325
2.4.1.1. La reducción general .....	325
2.4.1.2. Las reducciones especiales en los sistemas de previsión social .....	327
2.4.1.3. La reducción especial del rendimiento neto .....	329

## ÍNDICE

2.5. Los gastos de estudio . . . . .	331
2.6. Prestaciones por desempleo . . . . .	332
2.6.1. El Dividendo Social . . . . .	334
2.7. Exenciones. Las rentas amortizables . . . . .	335
2.7.1. Indemnización por cese o despido. . . . .	336
2.8. La discusión sobre el gobierno de la empresa . . . . .	341
2.8.1. Los Administradores . . . . .	343
2.8.2. Trabajo Directivo . . . . .	347
2.8.2.1. El alto directivo . . . . .	348
2.8.2.2. La renta salarial y de gestión . . . . .	350
2.8.2.3. La indemnización del representante por despido improcedente. . . . .	353
2.9. La renta del capital humano . . . . .	355
2.9.1. Stock Options . . . . .	357
2.9.1.1. Naturaleza Jurídica . . . . .	360
2.9.1.2. La Stock Option en el IRPF . . . . .	362
2.9.1.3. La Entrega de Acciones . . . . .	365
2.9.1.4. La entrega de acciones a los trabajadores en el IRPF . . . . .	369
2.10. El derecho de imagen del capital humano . . . . .	371
2.10.1. La cesión de los derechos de imagen . . . . .	376
2.10.2. Si es un activo, debe amortizarse . . . . .	381
<b>Epílogo . . . . .</b>	<b>385</b>



# Prólogo

Cualquier reflexión sobre los bienes inmateriales es un ensayo en movimiento: la inmaterialidad inunda la actividad productiva y, a duras penas, las categorías jurídicas logran contenerla y ello no tanto porque no existan, sino porque fueron, de ordinario, pensadas para la materia, para la explicación del mundo físico.

El derecho, comprendida la norma contable, acusa la sorpresa del intangible, convirtiendo su diferencia y especialidad en parte del problema que no de la solución.

Son otros bienes los inmateriales, y sus reglas no pueden omitir la fugacidad de su vida jurídica y patrimonial, los inseguros contornos que los determinan o, finalmente, la explosión imprevista de su valor o desvalor.

La Sección I parte de Schumpeter, como es de rigor, porque fue el primero en colocar la idea en el centro del sistema económico y la innovación como fundamento de la empresa. En su senda se encuentra la teoría del capital intelectual, a través de distintos autores, cuyo mérito consiste en el señalamiento de la riqueza oculta o invisible de la empresa junto al capital físico y financiero: el valor de la información y conocimiento atesorado en la organización y el capital humano del trabajo.

Así la idea, la innovación del fundador embebe el programa y desarrollo de la organización que la lleva a cabo. El derecho (subjeto) de la empresa es fuente de la organización y el origen o final de la renta del fundador.

La relación entre el empresario y la organización no se agota en el dominio, expandiendo su curso como situación posesoria bajo su señorío de hecho, comprensiva de todo tipo de bienes y derechos que no se configuran, en principio, como derecho propietario.

El fondo de comercio es cualidad de la organización y pertenece a su titular. La expresión del valor invisible del negocio. Pero, no solo. Es el contenedor del crédito o reputación inmaterial adquirida en el mercado.

El fondo de comercio es un bien jurídico de información que compendia el capital intelectual de la organización, concretando la ventaja competitiva que puede exhibir ante la concurrencia. El fruto del mérito propio del titular.

Así, no es solo la clientela que construye el fondo de comercio, sino toda la potencia de la organización y el capital humano dirigidos a la creación de un valor diferente, intrínseco, propio y autónomo de la gestión del resultado de explotación económica. Es la síntesis de la propiedad industrial o intelectual, de los signos distintivos; de la posesión sobre los intangibles no apropiables; de la autoridad y control sobre la mano de obra colectiva, la plantilla. El valor de la información y conocimiento histórico y actual de la empresa.

En suma, un bien jurídico complejo apto para la circulación jurídica y que retribuye o penaliza la información (conocimiento) del titular de la organización. La plusvalía o minusvalía del organizador.

El contenido del fondo de comercio es el secreto posesorio –know-how, I+D, sistemas y procedimientos- y el secreto propietario –signos distintivos, patentes, derechos de autor, programas y aplicaciones informáticas-; la clientela y el capital humano. En la organización aquello que no es propiedad es posesión o autoridad. Y es un contenido complejo cuyo valor interno no puede omitirse, del mismo modo que se acepta su valor de transacción cuando se produce.

El fondo de comercio y sus elementos son activos intangibles susceptibles de amortización, que no solo de gasto ordinario, y que proyectan, desde su naturaleza incierta y fugacidad, la necesidad de ajuste anual, tanto por el deterioro en comparación al mercado, cuanto por su incremento, con abstracción de si hay compra o venta a terceros. Son valores, una utilidad económica en busca de su cuantía y calificación jurídica adecuada.

El capital humano también es un bien inmaterial de la empresa. Y su participación en la cadena de creación de valor está estrechamente vinculada al aprendizaje, experiencia, educación. La persona física es una máquina de vida útil limitada, necesitada de reponer la pérdida o usura o desgaste que padece, sea a nivel colectivo como individual, que puede medirse y calcularse como cualquier otro activo integrante del capital intelectual.

La Sección II, pretende contrastar en el derecho positivo las premisas antes expuestas, de cara a los principales impuestos y dialogando con las normas mercantiles y contables.

Se ilustra la vicisitud del fondo de comercio en el Impuesto sobre Sociedades, condenado a una eterna esquizofrenia que impide explicitar su valor de autorealización, endógeno o intrínseco y que aparentemente solo tiene vida cuando alguno lo vende y otro lo compra, incurriéndose en visibles contradicciones cuando se trata del denominado fondo de comercio financiero o los gastos de primer establecimiento.

En la renta de la persona física se apunta la diferencia sustancial entre el comerciante (ex C. Comercio) y el trabajo autónomo, por mor de la contabilidad obligatoria de la

## PRÓLOGO

---

norma mercantil. La cuasi-contabilidad fiscal es una ersatz que impide delimitar la frontera entre la profesión o empresa y el patrimonio personal. La consecuencia es la inseparabilidad del fondo de comercio de la persona física. Inmediatamente se revisa la situación del fondo de comercio del capital humano autónomo en la imposición patrimonial y sucesoria, con especial énfasis en el fondo de comercio familiar (el interés de la familia) como elemento de continuidad empresarial.

El fondo de comercio está sujeto al IVA, aunque no resulte aparente y ello viene de la transposición en la Ley Local de la Directiva comunitaria, sin acudir al criterio de la universalidad de bienes y derechos para establecer la no sujeción. En igual sentido, el itinerario del citado bien inmaterial en el IVA aparece condicionado por la cualidad subjetiva del que lo porta -comerciante, profesional, trabajador autónomo de regímenes especiales- y la disciplina general o particular del impuesto.

La fiscalidad del secreto posesorio de la organización está plena de matices, y, no exenta de complejidad. Esto se refiere al know-how y la asistencia técnica, pero, también, a la configuración del canon como contraprestación asimilable a la renta arrendaticia o como precio de adquisición del derecho al uso que será activo inmaterial (interest leasehold).

Las actividades de investigación y desarrollo aprecian su calificación de activo inmaterial, tanto en el éxito, cuando alcanzan las condiciones de patentabilidad, cuanto en el fracaso del cual se extraen enseñanzas que pueden propiciar ventajas competitivas, mientras los otros no lo sepan o iluminar otros caminos ignorados.

El I+D es un bien jurídico inmaterial tanto en su ejercicio cuanto en su resultado.

El secreto propietario examina las circunstancias tributarias de los signos distintivos, la propiedad industrial e intelectual.

La marca, el nombre, el brand son intangibles típicos caracterizados por la incertidumbre y la aleatoriedad, expuestos a una frágil supervivencia, a una vida útil de altibajos. Si acaso destacar, en la marca, la necesidad de uso como elemento imprescindible para considerar su creación de valor.

La patente muestra su relieve porque implica una garantía de exclusión. La renta de monopolio, el derecho negativo, es el efecto principal, preceda o no a la explotación, que ni siquiera pudiera llegar a producirse. Hay una insistente referencia a la invención laboral por la interferencia obvia con el capital humano del trabajo en la organización.

La creación intelectual, por su parte, indica diferencias significativas desde la perspectiva tributaria con respecto a la propiedad industrial, básicamente, porque la expresión sigue indisoluble a la idea de su autor.

El autor o inventor carecen de un estatuto definido lo cual conlleva a perplejidad del legislador tributario que pretende en vano establecer la calificación de las rentas haciendo caso omiso de la particular configuración de la fuente.

Y esto se hace evidente cuando el autor o inventor son asalariados, básicamente, porque dicho brevitatis causa, la idea o la creación ilustran un momento intransferible

de independencia (de la persona) inclusive en el arco de una relación laboral. De modo que hay que analizar, de cara a cada impuesto, la situación jurídica subjetiva ocupada por el origen de la patente o propiedad intelectual, inclusive, repito, dentro de un vínculo por cuenta ajena.

Por último, la amortización del activo intangible, de cualquiera entre todos los creadores de valor inmaterial, conduce a propiciar la amortización libre, la libertad de amortización o el consenso amortizador en lugar de la automática aplicación del sistema de amortización lineal. Pero, propiciando, en cualquier caso, su valor anual, se haya o no realizado, en semejanza a la técnica mark-to-market empleada en los derivados financieros. Que la pérdida ocurra con referencia al valor de referencia del mercado implica que, también, puede verificarse una plusvalía en igual sentido. La capacidad contributiva de la organización exige el demérito en la pérdida amortizable y la apreciación del activo inmaterial en caso de incremento patrimonial.

La Sección III aspira a la reconstrucción jurídica del concepto económico de capital humano. La persona física como una máquina útil de vida limitada de utilización plurianual de la que surgen frutos o utilidades presentes y futuras de su trabajo por cuenta ajena. Una parte del rendimiento que genera no es neto, sino una fracción de la usura o desgaste. La obsolescencia del capital humano (del trabajo) se produce en torno a la competencia, educación, experiencia, habilidad, y solicita la amortización para la conservación y reposición del capital usado. El capital colectivo es un activo inmaterial de la empresa y si ello es aceptado para la organización no puede dejar de serlo para el individuo.

Las reducciones aplicadas en el IRPF en beneficio del trabajador operan sobre el rendimiento íntegro, que no neto. Su fundamento es que estamos ante cuotas de amortización constantes respecto a determinados casos en que se reconoce la recuperación, conservación y reposición del capital del trabajador.

El valor capital del trabajador puede medirse, desde la capitalización del salario medio por declarante.

Asimismo, de paso, se niega que la prestación de desempleo pueda considerarse fuente de renta, ya que solo atiende la conservación de la fuente, el mantenimiento hasta su futura recolocación. Y, con carácter general, sostengo que las indemnizaciones por cese o despido, cualquiera sea su circunstancia, no están incluidas en el concepto de renta obtenida, sino en el momento en que se verifique la reincorporación del trabajador en el mercado.

La disciplina del Administrador y Alto Directivo conviene enmarcarla en los principios del gobierno de la empresa (corporate governance). Solo de este modo puede interpretarse la función axial que desempeñan en la creación y distribución de renta organizacional, una renta directamente proporcional a la capacidad de gestión y crédito ante accionistas, trabajadores, inversores, proveedores y cliente. Y no puede sostenerse, so pena de que pierda su especificidad, que las contraprestaciones comprometidas tienen

---

## PRÓLOGO

---

siempre naturaleza salarial. Hay renta salarial y de gestión. La renta de capital (del alto directivo o administrador) como dividendo laboral (stock options) o directamente, por ejemplo en la entrega de acciones de la empresa, en términos de ganancias o pérdidas patrimoniales. La financiarización de la energía laboral de la persona o el producto financiero del trabajo personal.

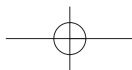
La imagen, por último, merece algunas consideraciones en orden a su calificación como fruto (civil) del capital humano que es susceptible de tráfico jurídico autónomo y adquiere un valor intrínseco como bien inmaterial. Es fruto para su titular y un valor capital en si mismo para originar rendimientos de su explotación. La imagen como derecho de autor exhibe el alcance de una propiedad (intelectual) de la persona sobre si misma, que, como activo inmaterial es gasto amortizable para su propietario. La explotación de la imagen no es sino la manifestación del fondo de comercio derivado de la fama.

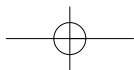
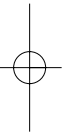
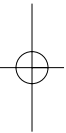
Decía proféticamente Savatier que no solo se trata del valor de los intangibles, sino que, en algún momento, el valor será un bien inmaterial en si mismo.

Un ensayo, si la memoria no me falla, es lo que Ortega y Gasset señala como ciencia sin prueba. En eso estamos.

**PRIMERA PARTE**

**EL CAPITAL INTELECTUAL**





# 1. LA INNOVACIÓN

## 1.1. DE LA INNOVACIÓN AL CAPITAL INTELECTUAL

La innovación, en la obra de Joseph Schumpeter<sup>1</sup>, es el hecho fundamental que impulsa el desarrollo cíclico de la sociedad.

La innovación es la ruptura de un equilibrio en el proceso económico que se reproduce uniformemente a sí mismo (flujo circular). El empresario realiza una actividad que formula cambios en el sistema económico: producción de nuevos productos, uso de nuevas materias, utilización de nuevas fuentes de energía, introducción de nuevos tipos de máquinas, adopción de nuevas formas de organización.

El beneficio o plusvalía del empresario es el rendimiento específico que obtiene porque su innovación destruye el sistema de valores correspondiente al equilibrio. Es, en palabras de Schumpeter, “un huracán de destrucción creativa”.<sup>2</sup>

Hay que prestar atención a que el beneficio del empresario innovador está relacionado a la retribución por sus servicios creativos, distinto al resultado contable o excedente de su actividad<sup>3</sup>.

El empresario innovador o produce nuevos productos o consigue costes inferiores de los productos existentes. En el primer supuesto, dado que no tiene competencia, puede practicar precios que están despegados de sus costes; mientras que el segundo, aunque está soportando los precios de mercado lo hace a costes inferiores a la competencia.

Esa diferencia entre ingresos y costes es el beneficio derivado de la innovación: la ventaja de una situación de monopolio que procede de su capacidad de innovación.

---

1. SCHUMPETER, J., *Teoria de lo sviluppo economico*, Firenze, 1971; *Storia dell'analisi economica*, Torino, 1970; *Business cycles*, N. York, 1939.

2. SCHUMPETER, J., *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, 2001.

3. PERROUX, F.; *Le capitalismo*, París, 1969, p. 81, coincide destacando la diferencia irreductible entre el excedente de la empresa y la retribución por los servicios enteramente nuevos que acompañan la autoridad y la creación. El beneficio o plusvalía del innovador es autónomo del excedente de explotación rutinaria u ordinaria.

Después surgen los imitadores y la situación de innovación se difunde en el sistema económico, aunque la ventaja desaparece para el empresario innovador. El nuevo equilibrio resultante es más rico que el precedente y, por tanto, el nuevo ciclo comienza a un nivel más elevado de renta total y por individuo<sup>4</sup>.

El eje de Schumpeter es la combinación distinta de cosas o de otra forma, o de cosas nuevas. Son estas las fuerzas del emprendedor que en modo espontáneo y discontinuo desplazan el centro de equilibrio del sistema económico a otro nuevo, cambiando el recorrido y el itinerario del circuito hasta entonces usual. Eso es lo que define la evolución, cuyo desarrollo en base a la ejecución de nuevas combinaciones no sustituye las existentes, sino que se yuxtapone a las mismas.

El concepto engloba cinco supuestos:

- Fabricación de un nuevo bien, que no es familiar al consumidor o que se dota de una cualidad novedosa.
- Introducción de un método nuevo de producción, o sea, desconocido en la rama industrial interesada.
- Apertura de mercados.
- Conquista de una fuente nueva de primeras materias o de productos semielaborados.
- Realización de una nueva organización como la creación de una situación de monopolio.

El equilibrio estático y la evolución dinámica tiene como protagonista al que organiza la nueva combinación de factores actuales, innova, impulsando en un salto hacia delante al conjunto del sistema económico.

El empresario, el jefe, es el poder autoritativo que le permite guiar y confrontarse con los que se le oponen “por su especial manera de ver las cosas”.

“El empresario típico no se pregunta si cada esfuerzo al cual se somete le ofrece un particular goce. Se preocupa poco de los frutos hedonísticos.

Él crea sin respiro, porque no puede hacer otra cosa; y no vive para gozar voluptuosamente de lo que adquiere... la alegría es el nacimiento de la obra, de la creación nueva como tal” (Schumpeter).

La empresa significa la ejecución y realización de nuevas combinaciones.

El empresario es el agente económico cuya función es la de llevarlas a cabo.

El empresario schumpeteriano es el agente económico dotado de la capacidad de liderazgo para ejecutar nuevas combinaciones en la actividad, que lo distingue del mero

---

4. LABINI, P. S.; *Dispense di economia*, Roma, 1969; NAPOLEONI, C.; *Valore*, Milano, 1976, p. 151.

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

titular de explotaciones económicas. Y es este tipo de empresario el que precipita la modificación o cambio de los datos con respecto al equilibrio existente en la actividad económica, introduciendo la dinámica rupturista de la estática hasta ese momento.

El empresario ejecuta nuevas combinaciones de los medios de producción y su ganancia, el excedente que no absorbe ninguna contrapartida, es el beneficio.

“Esos agentes económicos que emplean más eficazmente los bienes actuales y ejecutaron nuevas combinaciones son verdaderos empresarios en el sentido que damos al concepto. Su ganancia es un beneficio”.<sup>5</sup>

Un nuevo empleo de los bienes productivos presentes: el beneficio es el elemento central de la denominada “ganancia del fundador”. Su fundamento es el excedente temporal del ingreso sobre el coste de la producción en la nueva empresa.

Cuando los productos nuevos aparecen por vez primera, el empresario no tiene competencia y sus precios se forman según los principios de los precios de monopolio. La ganancia del fundador es el valor de monopolio.

La ganancia del fundador es la recompensa precisa del jefe (empresario) aprovechando antes que ningún otro nuevas posibilidades: esta renta de monopolio es “una prueba de actividad empresarial valiosa en una saludable, dinámica economía”.<sup>6</sup>

La competencia dinámica, innovadora, destruye el equilibrio preexistente y lo hace a través de la empresarialidad innovadora.

Hay un instante en que es el único en el mercado y de esa posición de monopolio extrae el valor de la creación. En ese punto es claro que su beneficio no es el resultado contable del pasado; sino, la remuneración de su novedad, de su ruptura de los valores y tasas de beneficios ligados a la competencia antigua, estática.

Hay tres ideas de Schumpeter que son básicas.

1. La potencialidad destructiva de la innovación.
2. La búsqueda del beneficio extraordinario, de la plusvalía, por razón del cambio, antes que los demás.
3. La posición de monopolio que conlleva la innovación, asegurada o no, en tanto se pueda, mediante protección intelectual e industrial y el secreto de la organización, con referencia a la riada de imitadores: “cuando la victoria está a la vista, los imitadores se multiplican” (Perroux).

La protección de ciertos bienes inmateriales mediante monopolios limitados de la competencia y el derecho de exclusión de terceros que perturben su ejercicio no agota la

---

5. SCHUMPETER, J., *Théorie de l'évolution économique*, París, 1999, p 199.

6. NAKAMURA, L., Cit, en LEV, B., *Intangibles*, Washington, 2001.

recompensa al esfuerzo de innovación, aunque desprovisto de propiedad. La posesión es suficiente y vale el título.

El beneficio conexo a la innovación y el beneficio de actividad empresarial, aunque confluyan en el mismo sujeto, son irreductibles.

La acumulación de capital organizativo es un proceso ordenado a la innovación, basado en la propiedad o posesión de la información; cuya gestión está en el empresario, bajo su autoridad y creación. Ese mayor valor, intangible, alimenta la ventaja sobre la competencia.

## 1.2. EL CAPITAL INTELECTUAL

### 1.2.1. La organización del conocimiento. K.E. Sveiby

La economía del conocimiento ofrece recursos ilimitados, porque la capacidad humana para crear conocimiento es infinita.

El conocimiento es la capacidad para actuar, la capacidad para hacer, realizar alguna cosa.

El conocimiento es preferentemente tácito, está insito en la persona y hunde su raíz en la práctica propia. El conocimiento es un proceso de aprendizaje: no puede separarse del contexto.

La aptitud o idoneidad de la persona, su competencia, depende de cinco elementos mutuamente dependientes:

- El conocimiento explícito o la información fáctica, a menudo mediante sistemas de educación.
- Pericia o el arte de saber-como, adquirido por entrenamiento y práctica.
- Experiencia adquirida a resultas de los éxitos o fracasos pasados.
- Juicios de valor sobre lo que es correcto o no.
- La red social conformada por las relaciones y el ambiente en que cada uno se mueve y recibida por tradición.

Así como el conocimiento explícito es independiente de la persona; no sucede lo mismo con su aptitud o idoneidad. La competencia de cada uno no puede copiarse y sí puede transferirse por la acción, haciendo.

El paradigma del conocimiento centra en la gente la generación del valor. El eje de la empresa es la creación de nuevos activos intangibles mediante la gestión interna y externa del conocimiento aplicado.

---

 EL CAPITAL INTELECTUAL
 

---

Las personas son las agentes reales de la empresa. Todos los activos son el resultado de las acciones humanas.

Los activos invisibles de una organización pueden clasificarse en tres apartados: la competencia del empleado, la estructura interna, la estructura externa.

La aptitud del trabajador supone la capacidad de creación de activos materiales e inmateriales. Es cierto que la competencia no pertenece sino a su poseedor, pero, no es menos cierto que la competencia de los empleados “debería incluirse en el balance de los intangibles porque es imposible concebir una organización sin trabajadores”. En la organización basada en el conocimiento hay pocas cosas que no sean los empleados. Éstos son los pensadores de las máquinas y las máquinas en sí mismas.

La estructura interna incluye patentes, conceptos, modelos y sistemas administrativos e informáticos. Estos son creados por los empleados, pero, pertenecen a la organización. Además, la cultura o espíritu de la organización es parte de la estructura interna.

La estructura externa incluye la relación con los clientes, y proveedores. Asimismo, marcas, signos distintivos, y la imagen y reputación de la empresa.

Los activos invisibles se financian con valor inmaterial (la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado) y obligaciones contingentes con los trabajadores (pagos extraordinarios, opciones, pensiones, etcétera).<sup>7</sup>

#### Activos intangibles

Valores visibles	Estructura externa	Estructura interna	Competencia
(valor contable) Activos tangibles Pasivo visible	Marcas, relaciones con clientes y proveedores	La organización, gestión, sistemas, actitudes I+D, software	Empleados, educación, experiencia

La obra pionera de Sveiby formula aportaciones de gran aliento. La emergencia de un balance invisible, paralelo al balance económico financiero, arroja luz sobre la creación desatendida de valor económico por la organización.

El reconocimiento del capital humano como fuente intangible de renta tiene un indudable efecto desde la perspectiva jurídico mercantil y fiscal: no hay organización sin trabajo dependiente.

---

7. SVEIBY, K.E., *The new organizational wealth*, San Francisco, 1997.

La distinción entre estructura interna y externa, sin embargo, aparece frágil. La organización comprende, a la vez, sus elementos endógenos y exógenos, sin que esto suponga caer en el error, del derecho de clientela. Pero, resulta claro que la imagen o reputación de la empresa no depende tanto de los de fuera, como de la proyección de la organización en el mercado.

Aunque la estructura del balance invisible se concentre en dos aspectos: capital humano y organización interna y externa, de la empresa; la afloración de la riqueza intangible, propuesta por Sveiby, es convincente y sugestiva.

La dinámica de la empresa innovadora y de la organización del conocimiento está identificada en su valor intangible.

Precisamente, la ventaja de capacidad competitiva de la empresa, respecto a otras semejantes, y la diferencia que puede establecer a ese respecto, reside en la organización (innovadora) del conocimiento, sea a través de su fuerza de trabajo, cuanto de sus elementos intrínsecos, internos y externos. El valor del fondo de comercio señala la divergencia entre el valor contable y el valor asignado por el mercado a la organización de la empresa.

### 1.2.2. El capital intelectual. L. Edvinsson

Edvinsson describe el capital intelectual como el estudio de las raíces del valor de la empresa, la medida de los factores dinámicos que subyacen a la empresa visible por sus instalaciones y productos.

El capital intelectual es el conocimiento y las relaciones que pueden transformarse en valor.

El capital intelectual asume, en principio, dos formas:

El capital humano y el capital estructural.

El capital humano expone la combinación de conocimiento, pericia, innovabilidad y habilidad del trabajador. También incluye, cultura y filosofía de la empresa. El capital humano no puede ser propiedad de la empresa.

El capital estructural está constituido por los sistemas informáticos y programas, bases de datos, organización, patentes, marcas y toda la capacidad organizativa que soporta la productividad del trabajador: todo lo que queda en la oficina cuando el empleado se va a su casa.

Este apartado, también incorpora el capital de clientela, las relaciones con los clientes. El capital estructural a diferencia del capital humano, puede ser poseído y por tanto comercializado.

El capital intelectual, en esta aproximación es el capital humano más el capital estructural.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

El capital humano dice Edvinsson debe capturar la dinámica de una organización inteligente, su creatividad e innovación.

El capital estructural no solo potencia y da cuerpo al capital humano, sino que, además, revela la aptitud de la organización para transmitir y almacenar material intelectual.

El capital estructural puede visualizarse en tres factores determinantes.

Primero, la inversión de sistemas, herramientas y filosofía operativa, que facilita el flujo interno y externo de la información.

Segundo, la innovación en la forma de property rigths de carácter intelectual e industrial. Y, también, la teoría o cultura de la empresa.

Tercero, los procedimientos y el aumento de eficiencia en la producción y distribución (v.g. ISO 9000), en la línea de conocimiento práctico.

Es un posterior añadido la dualidad del capital intelectual –capital humano y capital estructural- admite, en la obra del propio Edvinsson, la hipótesis del capital de clientela como una tercera categoría.

Hay que tener en cuenta que las relaciones de clientela, en la versión original, estaban integradas en el capital estructural.

Pero, en verdad, la aceptación no es rotunda y queda librada al transcurso del tiempo y su aceptación por los inversores, accionistas y empleados.<sup>8</sup>

La aportación teórica y práctica de Edvinsson es relevante, porque no solo es producto de su reflexión, sino que la implementa en la sociedad Skandia de Suecia, contrastando sus propias concepciones.

En lo que aquí interesa destaca la dualidad del capital intelectual. En efecto, el denominado capital de clientela o relacional no tiene la autonomía suficiente para predicarse con separación de la estructura y de los empleados. La clientela es capital de la organización, admitiendo su variabilidad y mudanza. Pero, es difícil concebirla en modo independiente, porque eso supondría convertir el propósito de la empresa en un instrumento propio, que, por definición, no lo es.

### 1.2.3. El capital intelectual. T. A. Stewart

El capital intelectual es la suma de todo lo que cada uno sabe en la empresa y que le da una ventaja competitiva en el mercado. El capital intelectual es intangible: un material intelectual –conocimiento, información, propiedad intelectual, experiencia- que puede usarse en la creación de riqueza. La inteligencia se convierte en activo cuando se crea un orden útil fuera del propio individuo, v.g. cuando se le da una forma coherente

---

8. EDVINSSON, L., MALONE, M., *Intellectual Capital*, London, 1997.

–base de datos, listas de mailing, descripción de procesos; cuando es capturada en modo que permite su descripción, compartirla y explotarla y cuando puede desplegarse para hacer algo que de otro modo quedaría difuminado. El capital intelectual es un paquete de conocimiento útil.

El capital intelectual puede situarse en tres grandes marcos: capital humano, estructural u organizativo, relacional o de clientela.

El capital humano es la fuente de renovación e innovación que crea su valor mediante la organización. El capital estructural, la capacidad de la organización para afrontar las necesidades del mercado, facilita que la competencia individual se desplace y apoye en la estructura que permite su desarrollo. Es lo que permite convertir el saber hacer individual en propiedad colectiva, de un grupo. El capital de clientela es el valor de las relaciones de la organización con las personas con las que hace negocios.

Cuando las personas trabajan juntos crean algo que es más valioso que su esfuerzo individual. Esa diferencia es el beneficio o el retorno del capital. Quite ese excedente y no hay empresa. Cuando las personas son capaces de aprovecharse en si mismos el valor de su capital humano, se convierten en autónomos, por cuenta propia.

El capital estructural pertenece a la organización, que lo puede reproducir y distribuir. Es el medio que permite codificar el conocimiento y su transferencia a los que lo necesitan y facilitar la interconexión entre las personas de la empresa, el flujo de información disponible.

El capital relacional se refiere a los consumidores o clientes y es la parte más valiosa del capital intelectual: paga las facturas.

Stewart desarrolla diez criterios de gestión del capital intelectual.

Primero, la empresa comparte la propiedad del capital humano con los trabajadores y la del relacional con los clientes y proveedores.

Segundo, la creación de capital humano exige formas sociales de aprendizaje en la empresa. Para capitalizar el talento hay que socializarlo.

Tercero, la riqueza de la organización depende de la excelencia del capital humano y cuyo trabajo es apreciado por los clientes. Hay otro capital humano que no reuniendo esos caracteres no es un activo, sino un coste a minimizar.

Cuarto, el capital estructural es el activo intangible de propiedad de la empresa, bajo su control.

Quinto, la función del capital estructural es doble: amasar existencias de conocimiento que aumentan el valor de la clientela y simplificar el flujo de información interno.

Sexto, la información y el conocimiento pueden y deberían sustituir los costosos activos materiales y financieros.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

Séptimo, el trabajo del conocimiento es un trabajo –servicio- a la clientela.

Octavo, cada empresa debería reexaminar la cadena de valor de la industria en que participa para determinar donde la información es crucial. Generalmente, ello sucede de cara a los consumidores.

Noveno, hay que centrarse en el flujo de información, antes que el flujo de materia. La economía real no debe confundirse con el intangible. Solía la información fundar el negocio real y ahora es el negocio real.

Décimo, el capital humano, estructural, relacional actúan juntos, interactúan.

El capital humano y estructural se refuerzan recíprocamente cuando hay un propósito común combinado con espíritu empresarial.

El capital humano y el capital relacional se incrementan cuando la persona se siente responsable de su parte en la empresa, actuando directamente con el cliente y sabiendo que conocimiento y competencia más valora el cliente.

El capital relacional y el capital estructural crecen cuando la empresa y sus clientes aprenden uno del otro y convierten en fácil la vinculación entre ambos.

En suma, Stewart comparte la perspectiva apuntada por Sveiby y Edvinsson.

El capital intelectual genera valor en la empresa en sus tres componentes. Las personas, la organización, la clientela. Y la interconexión entre esos elementos confiere a la empresa ventaja competitiva en el mercado.

La aportación de Stewart hay que situarla en dos planos. Primero, su opción a favor del capital humano, al que otorga no solo la participación funcional en la empresa, sino, una suerte de coparticipación en el resultado obtenido, en la práctica; un activo intangible compartido desde el trabajo a la empresa y desde ésta al trabajo. Segundo, la información<sup>9</sup> como sustancia creadora de valor inmaterial, como eje de la actividad real o material.

### 1.2.4. La definición de Cañibano-García Ayuso-Sánchez

Los intangibles, desde la perspectiva contable, son fuentes no monetarias de beneficios económicos futuros, sin sustancia física, controlados o al menos influidos por la empresa, como resultado de acontecimiento y transacciones pasadas (producidos por la empresa, comprados o adquiridos de cualquier otra manera) y que pueden o no ser vendidos separadamente de otros activos de la empresa.<sup>10</sup>

---

9. STEWART, T.A., *Intellectual capital*, London, 2000

10. CAÑIBANO CALVO, L-SÁNCHEZ MUÑOZ, P-GARCÍA AYUSO, M- COVERSI, C-CHAMINADE DOMINGUEZ., *Proyecto Meritum. Directrices para la gestión, difusión de información sobre intangibles. Informe de capital intelectual*, Madrid, 2002, p 17.

El aspecto crucial de los intangibles es dilucidar si sus costes de adquisición o producción propia pueden ser reconocidos como un activo y reflejados en el balance o deben cargarse como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

“Para ser reconocido como un activo, una inversión de naturaleza intangible debe cumplir con varios requerimientos restrictivos, uno de los más notables es que debe tener un atributo relevante que sea posible de medir en forma fiable y pueda ser identificado separadamente”.

Los autores adoptan la clasificación tripartita de capital intelectual: capital humano, capital estructural y capital relacional.

No obstante, reconociendo la equivalencia entre capital intelectual e intangible apuntan que el concepto de activo intangible es más restrictivo por cuanto representa los elementos del capital intelectual que son susceptibles de reconocimiento como activo de acuerdo con las actuales normas de contabilidad: inversiones que pueden reconocerse como activos y de reflejo en el balance de la empresa.

El capital humano es el conocimiento que el empleado se lleva cuando abandona la empresa. Incluye los saberes, las capacidades, experiencias y habilidades de las personas que integran la organización.

El capital estructural es el conjunto de conocimientos que permanece en la empresa al final de la jornada: las rutinas organizativas, los procedimientos, sistemas, culturas, bases de datos; protegidos o no por la propiedad industrial o intelectual.

El capital relacional es el conjunto de recursos ligados a las relaciones externas de la empresa con sus clientes, proveedores o con sus socios de I+D.

El concepto de capital intelectual, según los autores, abarca todas las formas intangibles tanto los formalmente poseídos como los informalmente movilizados. El capital intelectual es más que la simple suma de los elementos.

Asimismo, ofrecen una clasificación entre recursos y actividades intangibles.

Los recursos son los activos –propiedad industrial e intelectual- bases de datos, redes; saberes; clientela o acuerdo con los proveedores y competencias del empleado.

Son recursos que pueden medirse en un momento determinado, y representan el stock o valor actual de un intangible en un momento concreto del tiempo.

Las actividades son las acciones destinadas a adquirir o desarrollar internamente nuevos recursos, incrementar el valor de los recursos ya existentes y evaluar y controlar los resultados de esas acciones. Por ejemplo, las inversiones en formación o en I+D, las acciones específicas de marketing y aunque se incurren en costes, “las empresas no siempre son capaces de identificarlos y medirlos adecuadamente”.

Los autores apuntan a un enriquecimiento del bien inmaterial, del intangible, puesto que una vez que se acepta su configuración y la necesidad de concebirle, como activo

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

de la empresa en el balance; es natural concluir que, como bien capital, requiere su mejora y, por tanto, los costes en que incurre la organización para su desarrollo, plusvalía o evaluación suponen costes de capital, que no de renta ordinaria del periodo o gasto consuntivo del año contable.

El coste de conservación afectará la cuenta de resultados del ejercicio, pero, el de mejoras será amortizable durante un plazo al menos superior al año o al ejercicio económico en que se incurre.

De ello se desprende la importancia de la definición de intangible, que no siempre puede identificarse con la noción actual que proporciona la contabilidad. Hay que destacar que el intangible puede ser controlado o influido por la empresa, o sea, de su propiedad o bajo su posesión. Pero, además, el intangible no solo es fruto de la adquisición, sino que puede crearlo la empresa.

El problema jurídico es que hay –y habrá– una diversidad de bienes inmateriales, cada uno de los cuales, responde a circunstancias concretas, que deberán ser enunciados en torno a criterios comunes aplicables a todos y cada uno de ellos.

El capital organizativo, o sea, la propiedad intelectual e industrial, el saber hacer o know how, las aplicaciones informáticas, la clientela. Es decir, el fondo de comercio.

El capital humano, o sea, los saberes, capacidades, experiencia y conocimiento del empleado. En suma, la plusvalía de la renta del trabajo dependiente. No parece que el denominado capital relacional pueda entenderse si no es con referencia a la propia acción de la organización y, por tanto, en su ámbito de proyección.

### 1.2.5. El estado de la cuestión

Puede sostenerse que, gradualmente, surge una idea del valor de la empresa diversamente adjetivada, que enfatiza, como riqueza invisible u oculta, el conocimiento atesorado. Pero, no cualquier clase de conocimiento, sino aquel que está dirigido a la obtención de beneficios: “conocimiento que puede convertirse en renta” (P. H. Sullivan).

El capital intelectual, así denominado, está compuesto, según la posición que se adopte por dos o tres elementos. La última incorpora el capital relacional –clientela y proveedores– como área autónoma junto al capital humano y el capital organizativo.

El capital intelectual, en lo que aquí se postula, se desdobra en dos elementos.

Por un lado, el capital humano – experiencia, competencia, creatividad– y por otro el capital organizativo que debe subdividirse en tres apartados: secreto posesorio de empresa –programas, procedimientos, base de datos, metodologías, proyectos y propuestas; propiedad intelectual e industrial –marcas, patentes, signos distintivos, derechos de autor– y, también, clientela o proveedores, como potencialidad de la organización.

La organización, entonces, sostiene y alimenta el capital humano a su disposición para transformar su capacidad y aptitud innovativa como activo intangible, porque el producto o fruto de esa iniciativa pasa a ser posesión legítima de la organización, que no de su prestador o suministrador. Es el único modo, en que la organización puede apropiarse del trabajo en relación de dependencia.

“Un conocimiento que de la mente de una persona pasa a una base de datos o se transforma en una mejora de tipo estructural, como la eficiencia de los procesos, antes que la innovación de los productos, representa un ejemplo de creación de valor del capital humano al capital organizativo”<sup>11</sup>

El traspaso de valor desde el capital humano al capital organizativo supone el del conocimiento tácito al codificado o expreso.

Puede afirmarse que el desplazamiento (apropiación) del capital humano en la organización significa que el conocimiento que reside en el sujeto, como su competencia, habilidad, experiencia, y que, en sí mismo, resulta inseparable de la persona; puede ser objeto de apropiación cuando se precipita en una cosa distinta, en conocimiento explícito o expreso, formalizado en cualquier medio de comunicación de la empresa (manuscritos, fórmulas, programas informáticos, blueprints).

“Una de las tareas importantes de los gestores del capital intelectual es transformar el capital humano tácito en activo intelectual codificado”<sup>12</sup>

La transferencia de la competencia del hacer por cuenta ajena a favor de la organización.

La adquisición y conservación de clientela es la aplicación del capital organizativo y humano en el mercado y la suficiencia o no de su capacidad competitiva. Pero, es difícil interpretar como capital de la organización aquello que es su potencialidad de atracción y permanencia en el mercado. El capital de clientela es una parte del capital de la organización en sentido estricto, no tanto en su posesión actual, cuanto en su poder para obtenerla y mantenerla. Y esto también es aplicable al suministro o aprovisionamiento de bienes o servicios para su uso o reventa.

El capital intelectual es un concepto que resulta de la innovación o, mejor dicho, de la información (conocimiento). Y todos sus elementos, sea capital humano y organiza-

11. CRAVERA-MAGLIONE-RUGGERI, *La valutazione del Capitale Intellettuale*, Milano 2001, p 67.

12. SULLIVAN, P.H., *Value-Driven Intellectual Capital*, New York, 2000, p 229.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

ción o con el añadido del capital relacional, tienen la inmaterialidad como común denominador. Es una fuente de valor carente de atributos físicos; que reposa sobre la creación intelectual y cuyo principio general es el derecho de cada uno sobre los frutos del propio trabajo.<sup>13</sup>

La tutela jurídica, con más o menos precisión, con más o menos intensidad, atiende al derecho exclusivo al uso y explotación entre partes o erga omnes de la organización. El capital intelectual es el derecho sobre los intangibles. La creación intelectual en la empresa que confiere por obra de la propiedad o posesión, su derecho o interés exclusivo y excluyente, cuyos tipos no se agotan en la propiedad intelectual o industrial, sino que abarcan cualquier información (conocimiento) en el seno de la empresa que supone un valor añadido, separado y autónomo de los elementos materiales o financieros de la misma, sea en capital humano o capital de la organización.

El capital intelectual, entonces, tiene como fuentes la organización y el capital humano, y su connotación decisiva es la construcción de la información (conocimiento) como bien jurídico; como valor de la empresa.

Considerar las cosas bajo su aspecto de capital –afirma Schumpeter– es poderlas calcular. El capital es un concepto de medida. Esto es lo que hay de exacto en la opinión que ve en el capital expresado monetariamente una medida de valor de los bienes producidos.<sup>14</sup>

Pero, aún más: no sería temerario atribuir a Schumpeter un afortunado apunte a la función de capital en la empresa al sostener que representa la carga que se necesita contrabalancear si la empresa debe tener derecho a vivir en la economía de mercado, proveyendo de un modo de medida del éxito o fracaso puesto que crea un criterio para juzgar la actividad de un empresario, “él marca el talento con el cual se libra a la economía...”, donde el talento como moneda y la inteligencia entonan la misma letra: obtener dinero del empleo de los medios de producción que organiza a partir de su capacidad e inteligencia.

### 1.3. LOS INTANGIBLES

Los intangibles son factores no físicos que contribuyen o son empleados en la producción o provisión de servicios o que se espera generen futuros beneficios productivos a los individuos o empresas que controlan el uso de tales factores.<sup>15</sup>

---

13. LOCKE, T., *The second treatise S. 27* en *Two treatises of government* Laslett, P., Cambridge, 1970.

14. SCHUMPETER, J.L., *Théorie*, Op. cit, p 179.

15. M.M. BLAIR-STEVEN M.H. WALLMAN, *Unseen Wealth*. Report of the Brookings Task Force on Understanding Intangible Sources of Value. Washington. October 2000, p 12.

La definición adoptada enfatiza el carácter no físico o material de los factores intangibles y su finalidad estrictamente de soporte a los sujetos que controlan su empleo, en sus combinaciones productivas.

La importancia del concepto resulta de la declarada omisión como activos patrimoniales, tanto por la norma mercantil, centrada en los bienes materiales, cuanto por la contabilidad que no los considera, salvo cuando resultan de la adquisición en operaciones de mercado.

Los intangibles son factores no materiales que contribuyen a la actividad de la empresa en la producción de bienes o en la provisión de servicios, o de los que se espera generen futuros beneficios económicos a las entidades o individuos que controlan su aplicación.<sup>16</sup>

La definición apunta, respecto a la anterior, sutiles matices. Por un lado, se fija la estricta vinculación entre los intangibles y la empresa, como sujeto exclusivo de actividad económica. Por otro, se recurre a la expresión de beneficios económicos, en lugar de productivos, para los sujetos que controlan su despliegue.

La definición primera –Brookings– resulta más amplia, admitiendo que los factores no físicos o materiales pueden derivar no solo de la actividad empresarial, sino de la economía pública o, aún, de organizaciones sin ánimo de lucro, aún cuando no proporcionen beneficios a sus operadores, pero sean productivos para la economía en su conjunto.

Ambas definiciones coinciden, no obstante, en un punto esencial: valorizan antes el control sobre los factores intangibles, que su propiedad lo cual ampliaría el campo de aplicación no solamente a aquellos susceptibles de derecho de propiedad –patentes, marcas, copyrights–, sino, de posesión, autoridad, dirección. En suma, todo lo que se añade a los activos monetarios y materiales y contribuye al beneficio, presente o futuro.

”Entendemos que el control es más importante que la propiedad y que cualquier definición debe contar factores tales como las competencias, experiencias y know-how, redes y relaciones empresariales, así como factores externos que surgen del ambiente legal, administrativo y reglamentario”.<sup>17</sup>

La intangibilidad se coloca, entonces, como un referente global y unitario en la actividad económica, trascendiendo la mera identificación de sus componentes, para calificar una perspectiva totalizadora que surge o puede surgir de un sistema caracterizado

16. EUSTACE, C. *The intangible economy impact and policy issues*. Report of the European High Level Expert Group on the intangible economy. Comisión Europea. Octubre 2000, p. 31.

17. EUSTACE, C., Op. cit., SMITH, G.V., PARR, R.L., *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*, Nueva York, 2000.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

precisamente por la creación de valor desde un capital no físico ni material, integrado por activos tangibles, sino, por el capital intelectual de la actividad.

El bien inmaterial como soporte de la creación de riqueza.

El bien inmaterial, en su versión, usual, consiste en una idea entendida como resultado de un proceso creativo, aunque sea elemental, que se materializa en cosas o elementos.<sup>18</sup>

Los bienes inmateriales son objeto de un derecho subjetivo tutelado, frente a todos por las leyes.

Son –dice Santoro Pasarelli– bienes verdaderamente nuevos, producidos por el espíritu humano, importantes más que todos los demás, porque de ellos depende principalmente el progreso de la humanidad.<sup>19</sup>

Los bienes inmateriales son, entonces, la creación, la idea, el invento, siempre que sean objeto de derechos protegidos por el ordenamiento jurídico: bienes que protegen a su titular frente a los otros, reconociendo la situación subjetiva en su favor.<sup>20</sup>

En sentido estricto (restrictivo) el bien inmaterial aparece definido como la creación intelectual individualizada y tutelada, punto de referencia de un derecho absoluto: “El bien inmaterial al cual se refiere el derecho absoluto constituye, precisamente, un bien externo al sujeto, objetivamente disciplinado en su constitución e individualmente determinado, cuyas utilizaciones se contraponen a la de la cosa material (o energía) en la cual se extrínseca”.<sup>21</sup>

Ascarelli identifica tres categorías de bienes inmateriales protegidos.

Primero, las obras de ingenio, tuteladas por el derecho de autor que se traducen en realidades materiales –un libro, una obra de arte–.

Segundo, las invenciones industriales y modelos de utilidad.

Tercero, la creación de signos distintivos que identifican a sujetos u objetos, una “nomenclatura de la realidad”.

El bien inmaterial, en suma, surge como una idea, intelectual o industrial, susceptible de tutela específica por el ordenamiento jurídico a su titular; pero, no siempre como derecho absoluto. No es una estructura cerrada, impermeable al acceso de otras creaciones intelectuales. Es una categoría que observa una gradual y paulatina expansión, acompañando, en algún modo, la desmaterialización de la riqueza, o, mejor dicho, la

---

18. GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, Roma, 2000, p 195.

19. SANTORO PASARELLI, F., *Doctrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1970, p 95.

20. PUGLIATTI, S., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p 27.

21. ASCARELLI, T., *Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p 316.

creación intangible de valor económico en la sociedad. Hay posesión de ideas que son bien inmaterial, aunque no doten a su titular de la propiedad plena.

Diez-Picazo-Gullón, integran como bienes inmateriales a las energías y el trabajo. Las energías naturales que se explotan por descubrimiento o invento del hombre idóneas para la creación de utilidad (solar, térmica, nuclear).

El trabajo entendido como prestaciones de hacer o como despliegue de energía humana.<sup>22</sup>

Y esto último es digno de particular relieve. El trabajo expone la cesión de energía humana, participando de la inmaterialidad de su objeto, que sé extrínseca en resultados materiales o tangibles. El capital humano es, entonces, fuente de energía humana a disposición del empleador, es una proyección creativa inmaterial, y, al menos, susceptible de apreciación inmaterial, diferenciada de los resultados materiales –corpus mechanicum- en que se concreta.

Señala Teece, cuales son, a su juicio, las diferencias destacadas entre activo material e inmaterial.

En primer lugar, el bien inmaterial tiene por fuente el conocimiento. Es un bien público por lo que su consumo individual no empece su utilización por otros. El bien material, al contrario, supone que su empleo por alguno significa limitación de uso para otro.

En segundo lugar, el bien inmaterial, de conocimiento, no se desgasta por el uso, pero se deprecia rápidamente por la creación de nuevo conocimiento. El bien material, al contrario, se deprecia por el uso, en forma sistemática o acelerada.

En tercer término, la transferencia de costes del intangible no es fácil de valorar, incluso dentro de la propia organización, pudiendo ser altos o bajos; mientras que dicha transferencia es fácil de apreciar en los bienes materiales.

En cuarto término, los derechos de propiedad son más claros y comprensivos respecto a los bienes materiales que los inmateriales, frecuentemente limitados o borrosos en sus límites, cuando no inexistentes.

En quinto lugar, la ejecución forzosa de los derechos sobre bienes inmateriales resulta más compleja que sobre bienes materiales.

A lo anterior puede añadirse que hay bienes inmateriales que no están protegidos por derechos de propiedad, sino derechos posesorios, tales como el know-how o la investigación y desarrollo, procedimientos o procesos de gestión organizativa, etcétera,

---

22. DIEZ-PICAZO-GULLÓN; *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I*, Madrid, 1995, p 269.

que suponen un claro riesgo para la organización, por lo que, inclusive, merituan protección mercantil y penal específica (competencia desleal o violación del secreto de empresa).<sup>23</sup>

## **2. LA EMPRESA COMO IDEA DE ORGANIZACIÓN**

### **2.1. EL DERECHO (SUBJETIVO) DE EMPRESA**

El derecho (subjetivo) de empresa es inseparable del interés a la organización. Hay una idea de la iniciativa y la ordenación de todos sus elementos teóricos que es previa a su puesta en funcionamiento.

La organización determina la unidad (teórica) de los distintos factores que sirven al proyecto y su realización sean humanos o físicos, corporales o intangibles.

La titularidad del derecho de empresa y el interés a la organización señalan el contenido del poder empresarial, cualquiera que sea la relación jurídica establecida con los distintos factores que la integran.

El empresario ostenta la propiedad o la posesión y ejercita la autoridad o control de su propuesta, partiendo de la organización como sistema conectivo e interrelacionado de los elementos necesarios para su desarrollo.

La organización como elemento inseparable del derecho de empresa representa el momento de la innovación, de la inventiva, del valor añadido propio que se entiende materializar.

La organización es programa de valor añadido de la empresa y del empresario, potencial o real, condensando la aptitud innovativa de su titular. Pero, básicamente, ello ocurre porque la organización es necesariamente el recinto donde fluyen el conocimiento y la información necesarios para originar y acumular ventaja competitiva en el mercado.

---

23. TEECE, D.J., *Managing intellectual capital*, London, 2002, p 15.

Por eso no extraña que la norma penal o la relativa a competencia desleal preserve el secreto como objeto jurídico determinante de la aptitud de supervivencia de la empresa.

Si así no fuera, el empresario quedaría desarmado en su principal atributo: la idea organizada en base a una información propia y específica de su actividad.

La protección del derecho de empresa es la de la libre organización de los recursos y capacidades del iniciador. El núcleo esencial de la capacidad competitiva reside en la organización y su tutela explica y justifica la leal competencia. En su máxima reducción, podría identificarse organización y secreto de empresa como el ámbito exclusivo y excluyente del poder de la gestión del empresario.

Y si así fuera, la causa está en la tutela o protección de la información que se origina o pasa por la organización de la empresa.

El valor añadido de la organización y por tanto de la empresa estriba en el encauzamiento y aprovechamiento de la información para su utilización económica.

El derecho de empresa se funda en proteger la organización de la información. La empresa entendida como la organización de la información para su empleo productivo.

El derecho (subjetivo) de empresa tiene por contenido el interés a la organización del flujo de información que posibilita su finalidad económica. Es una pura idea (innovación) del empresario y, por tanto, su funcionamiento operativo producirá el valor o desvalor económico intrínseco a la idea. Hay un beneficio o pérdida de la creación de empresa que, nada tautológicamente, corresponde al iniciador o titular. Pero, la organización es inseparable del derecho de empresa y es lo que otorga unidad a todos los elementos, materiales e inmateriales, humanos y relacionales, que sirven a su realización.

Inclusive, en un sentido último, la organización de la empresa, en los términos afortunados que señala Spada: “organización equivale a programa”, podría exhibirse en la actuación preliminar, preparatoria, previa, a su verdadera ejecución, y, aún así, gozaría de la tutela plena del derecho de empresa, v.g. estudios de mercado, campañas de promoción o publicidad, planificación de la propia actividad.

La organización de la información es objeto jurídico antes que se materialice en el mercado conforme a su finalidad.

No obstante, la organización en si misma no podría calificarse como bien inmaterial, puesto que es inseparable del derecho (subjetivo) de empresa. Y no puede identificarse o individualizarse como creación distinta del derecho que le contiene. La organización es indistinguible del aspecto subjetivo del derecho de empresa.

La idea y su programa no están exentas de apreciación económica. Al contrario. Previa a su realización, antes de su ejecución puede aceptarse que hay un valor o desvalor que se pone de manifiesto y que solo corresponde al empresario. No sería convincente sostener que la preparación de empresa en sentido material carece de compensación o

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

retribución. Puede tenerla o, inclusive, ser negativa. (El fracaso empresarial, es la norma y no aparece valorado).

Y lo que esto supone es que hay un fruto intrínseco del capital organizativo que no puede confundirse con el que posteriormente resulte de la actividad emprendida: el fondo de comercio es la retribución del empresario, ahora por su organización y más tarde por su crédito o reputación en el mercado.

Así como las cosas, las ideas también tienen valor.<sup>24</sup>

Hay, sin embargo, una perspectiva que, a diferencia, de la creación de valor supone destrucción del valor y que se resume en el fracaso empresarial.

La supervivencia de la empresa está en manos del mercado y del capital intelectual, financiero y material de la actividad económica. Pero, el fracaso solo depende de la vulnerabilidad del capital organizativo, de la idea o programa de empresa.

La proporción de éxito empresarial es infinitesimal en comparación con las nuevas iniciativas que, en principio, arriesgan sin la certidumbre del premio positivo al esfuerzo. Hay, por así decirlo, un valor negativo del fracaso empresarial, de la iniciativa que no cunde en su realización y que, no obstante, supuso en términos de propuesta un esfuerzo equivalente a otras que sí pudieron concretarse.

El start-up negativo significa la pérdida, el desvalor de la iniciativa pero exclusivamente en cabeza del titular del derecho de empresa. Ese fruto negativo sirve para confirmar que hay una compensación intrínseca al esfuerzo del empresario que no siempre se ratifica en renta positiva, independientemente del resultado ordinario de la explotación a que se destine.

La aleatoriedad del derecho de empresa y de la organización propone su efecto como ganancia o pérdida excepcional atribuible al que lo pone en marcha, antes que como el fruto de la inversión o el resultado de la actividad. Esa pérdida patrimonial es el badwill del capital organizativo (la pérdida del fundador).

La jurisprudencia del TC concibe el primer contenido de la libertad de empresa como un espacio limitado por la reserva de ley y el núcleo esencial de la libertad. (CE art. 53.1) del que ni siquiera el legislador podría disponer. Pero, en lo que aquí importa, rehusando la concepción de la iniciativa económica como un puro y auténtico derecho subjetivo (STC 37-1981 con voto particular de L. Díez Picazo en donde se afirma que la idea constitucional de orden económico no consiente que los empresarios se encuentren en situación privilegiada respecto del resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concretos, pero no un ámbito de libertad total). En suma, la jurisprudencia constitucional se inclina por concebir la libertad de

---

24. LEV, B., *Communicating Knowledge capabilities*. N.Y. University, Stern School of Business, 2000.

iniciativa como una garantía institucional, antes que como un verdadero derecho (subjetivo) de la persona (STC 43/1983, 83/1984). Alguna doctrina reconoce, sin embargo, la existencia de un derecho subjetivo que puede servir de base para el ejercicio de una pretensión jurisdiccional y que se somete al régimen general del artículo 53.1 CE. Por un lado, es un derecho fundamental y por otra es un derecho ejercitable ante los Tribunales.<sup>25</sup>

Pero, por así decirlo, un derecho subjetivo que no es pleno, sino condicionable en su ejercicio, siempre respetando su contenido esencial. La interpretación, en general, restringe *ab initio* que la libertad de emprender en el mercado es un derecho fundamental de la persona sin que, en ningún caso, las condiciones de su ejercicio puedan impedir o bloquear el desarrollo de la libre iniciativa lícita en el mercado.

El favor iuris a la libertad de iniciativa no debería examinarse bajo el prisma del privilegio de unos ciudadanos respecto a los demás, sino, en igual sentido, que el que ampara los derechos del trabajador con referencia a los que no lo son. Una forma de articulación de las funciones económicas que porta la economía de mercado, mediante el reconocimiento irrestricto de la libertad de iniciativa en la elección y decisión, como derecho de proyección personal, cuanto en la tutela de aquellos que no tienen otro recurso que su propia energía personal para ofrecer en el mercado. La mediación pública en la garantía institucional declara un límite previo, de intervención vertical, cuya racionalidad no se justifica: la libertad no se deja calificar. Por otra parte, no se garantiza el beneficio económico del particular, sino su iniciativa: su derecho (subjetivo) a la empresa como proyección o integración de la personalidad.

## 2.2. LA ORGANIZACIÓN

La organización del establecimiento mercantil es el precipitado técnico del poder de creación y gestión del negocio. La organización es el efecto inmediato del derecho (subjetivo) del empresario cuyo objeto es el negocio o establecimiento.<sup>26</sup>

La organización del complejo unitario de bienes representado por el negocio o establecimiento atiende unitariamente las relaciones y los fines de la ejecución del derecho de empresa.

25. MARTÍN RETORTILLO, L., En MARTÍN RETORTILLO/DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p 87.

26. NICOLÓ, R., *Riflessioni sul tema dell'impresa en Il diritto privato nella società moderna*, coord. RODOTÁ, S., Bologna, 1971, p 385.

## EL CAPITAL INTELECTUAL

La organización es no solo el programa del empresario, sino el orden jerárquico que permite gobernar el comportamiento ajeno, sobre el capital humano, y las cosas y bienes que son el negocio.<sup>27</sup>

La organización establece no solo el sistema del conocimiento y la experiencia para actuar, sino la jerarquía, el orden y la disciplina de los bienes y las personas que pertenecen.

El capital organizacional de la actividad es una expresión directa del derecho (subjetivo) del empresario. Y su valor está plenamente recogido por el ordenamiento jurídico que impide su lesión protegiendo los secretos específicos, propios, peculiares a la actuación del negocio.

La organización, como consecuencia del poder de creación y gestión del empresario es un momento autónomo de la propia actividad económica. Es decir, la organización tiene un valor en sí misma, con relativa distancia de su función y resultados.

Así Spada afirma: “existiría negocio aún cuando la organización se redujera a una suerte de autoprogramación, a una suerte de planificación de la propia actividad para el ejercicio, aún futuro, de la actividad empresarial”.<sup>28</sup>

La actividad previa, preliminar, preparatoria siendo organización aún no exhibe la forma de creación exterior de bienes o servicios. Pero, aún así, la organización es el presupuesto del negocio que vendrá o puede llegar, con su valor intrínseco, ajustado a las características de su estructura: Hay organización aunque todavía no haya mercado. El negocio, como resultado, existirá siempre que se verifique la organización. La organización es el negocio.

Por esto, es de señalar la razón que asiste a quienes confirman que la organización y la idea organizativa que la inspira es indispensable para la existencia de negocio o establecimiento, aunque falten clientela y expectativas de ganancia.<sup>29</sup>

El reconocimiento de la organización como valor de la creación de empresa impone que sean los actos de organización, calificados por su conexión y complejidad, los que distinguen el concepto de empresa: actos potencialmente proyectados al exterior.<sup>30</sup>

La organización, que es el eje del derecho (subjetivo) de empresa se representa en el negocio o establecimiento.

Es el poder de gestión de la organización lo que confiere unidad de gobierno y de dirección a un conjunto de bienes, cosas y personas heterogéneos y que conserva, cuando corresponde, su propio e identificable estatuto jurídico.

27. SPADA, P., *Lezioni sull'azienda, en L'impresa*, Milano, 1985, p 53.

28. SPADA, P., *Op. cit.*, p 53.

29. CHULIÁ, V., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Vol. I, Barcelona, 1991, p 213.

30. VERRUCOLI, P., *Riforma tributaria ed evoluzione del concetto di impresa, en Riforma tributaria e diritto commerciale*, Milano, 1978, p 92.

Ferrara, con anticipación profética, señala que el negocio es una entidad unitaria, tutelada por el ordenamiento jurídico, pero cuyo núcleo no son los elementos que lo integran, sino la organización como red de conexiones funcionales y vinculadas.<sup>31</sup>

Precisamente el valor de la organización es la de unificar bienes, cosas, personas, en un programa y bajo la dirección del empresario, con finalidad económica, aún la no lucrativa.

El valor de la empresa es su capital organizacional. La organización del establecimiento

hace diferentes a los bienes singulares que componen el negocio. Un poder de gestión que se define como organización de la idea de empresa que se tiene.<sup>32</sup>

El poder de gestión, que expresa el derecho subjetivo de empresa, se concreta en la organización de un complejo unido de bienes y servicios, derechos y facultades. La organización es el negocio: el valor de explotación es resultante de la organización.<sup>33</sup>

Es la organización, precisamente, lo que dota a los elementos, en otro caso heterogéneos y dispersos, de unidad y centralidad. La organización crea un valor nuevo de lo que ya existía individual o singularmente.

El valor intangible de la organización del establecimiento se denomina fondo de comercio, que cifra, en modo latente o realizable, un valor del capital organizacional que no coincide y es diferente al valor de los elementos que lo integran.

Sin la organización del negocio; el resultado sería la suma de los elementos que lo integran. Pero, esto no es así. Hay un añadido invisible que apunta al contorno de la creación de valor organizacional, al capital creado por el empresario que no es identificable solo con los bienes o personas que realizan la actividad. Ese mayor valor –plusvalía

31. FERRARA, F., *La teoria giuridica dell' azienda*, Firenze, 1949, p 35 y 112: define el negocio como el “conjunto de las relaciones funcionales”.

*Teoría jurídica de la Hacienda Mercantil*, Madrid, 1950, p 132. “... no radica la hacienda en el conjunto de los elementos organizados, sino en la organización de los mismos, es decir, en el conjunto de vínculos y tejidos funcionales que, entre ellos existe. Tienen en cuenta estos vínculos a todos los elementos que por ello se consideran ligados y coordinados a los fines de la producción, es decir, que la vinculación no existe únicamente por lo que respecta a los bienes, sino que afecta también a los servicios, a las fuentes de aprovisionamiento, a los clientes y consiste tanto en relaciones materiales como en relaciones puramente ideales”. “No se trata simplemente de un modo de ser o de una posición de los elementos entre si, sino de algo muy distinto que está por encima de ellos, ligándolos y dominándolos”.

32. CÁMARA Cit. por CHULIÁ., V. p 213: una organización y la idea organizativa que la inspira.

URIA, R., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2001, p 36: “...”forma de organización jerarquizada de bienes y servicios personales”.

33. JIMENEZ SANCHEZ, G.J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2000, p 71, donde se afirma, no sin dudas, que el valor patrimonial de explotación se sustenta en el sujeto organizador, el negocio y la organización. En verdad, la organización y el poder de gestión del empresario, son organización. Y el valor patrimonial resultante, el fruto del organizador, es la organización de bienes, servicios, derechos, facultades.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

latente o realizable- es la renta de la organización en cuanto tal, o, el desvalor –minusvalía latente o efectiva-.<sup>34</sup>

La empresa, entonces, exhibe una “organización como bien inmaterial o creación intelectual resultado de la actividad competitiva del empresario que representa un valor económico muy superior a la suma del valor de los diversos elementos materiales organizados” (S.T.S. 4-12-1933).

Justamente, el valor económico superior del bien único es el capital organizacional. La organización del negocio es el resultado de aglutinar los elementos integrantes.<sup>35</sup>

El valor del capital organizacional está constituido por el capital humano empleado, los secretos o descubrimientos operativos de la gestión, los derechos de propiedad industrial e intelectual, la clientela, las relaciones con proveedores.

El fondo de comercio (goodwill, avviamento) se puede concebir como el receptor del valor intangible de la organización en el mercado. Un compendio de secretos de empresa, derechos de propiedad, capital humano y clientela que no es reducible a activo inventariable o contabilizable.<sup>36</sup>

No es arriesgado exponer que la retribución económica por el capital organizacional (goodwill) implica directa e inmediatamente a la figura del organizador, sea persona física o jurídica. Por lo que no debe confundirse el beneficio o resultado contable, con el eventual beneficio extraordinario derivado del capital organizacional como reconocimiento (por el mercado) de un valor económico dependiente de la gestión del fundador.

### 2.3. LA ORGANIZACIÓN REPRESENTADA POR EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La teoría unitaria refleja, en los aspectos tratados, la naturaleza singular del establecimiento mercantil como efecto de la organización que representa.

La organización es el elemento unificador del establecimiento mercantil, como bien único nuevo y distinto respecto a cada uno de los bienes que lo componen.<sup>37</sup>

---

34. URÍA, R.-MENENDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid 1999, ROJO, A.: “Con el nombre de fondo de comercio...se hace referencia precisamente a esa plusvalía derivada de la organización de los elementos de toda clase que componen el establecimiento” p 100.

35. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1997, p 173.

36. ROSANAS MARI, J. M.-PEREIRA SOLER, F-BALLARIN FREDES, E-GRANDES GARCI, M.J., *Contabilidad Financiera II*, Bilbao, 1986, p 59: “Son precisamente estos intangibles no inventariables o no contabilizables los que originan el fondo de comercio: por adquirirlos el comprador paga más de lo que el mercado ofrece por los activos inventariables y contabilizables netos”.

37. CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale 1º*, Torino, 2000, pp 140-141.

Así, la propiedad o la posesión, las relaciones obligacionales o contractuales, confluyen en un bien único que no se identifica, sino que es diferente de los factores que lo componen.

Y esa unidad no viene sino de la organización emprendida por el titular (derecho subjetivo)

La mayoría de la doctrina mercantil rehúsa admitir que la matriz organizacional sea el origen de un bien único, nuevo y distinto de los elementos que lo integran.<sup>38</sup>

La idea del establecimiento mercantil aparece ocasionalmente en la legislación, doctrina y jurisprudencia.

Así, en el propio Código de Comercio (art. 291), el Código Civil (art. 1056), la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, el Estatuto de los Trabajadores (art. 44); en las sentencias 21-12-1965, 24-02-1981, 15-07-1985 y en la doctrina de Uría y Chuliá: “también el legislador ha empezado a reconocer la existencia del establecimiento como un bien u objeto sustantivo, independientemente de sus elementos frente a la tesis atomistas de Garrigues y Broseta.”<sup>39</sup>

La unidad patrimonial aludida con vida propia (STS de 20-12-1986) es el establecimiento mercantil que representa el capital organizativo de la empresa. Pero, estos fragmentos no aportan una situación definida de reconocimiento del establecimiento mercantil como un bien único.

Por ello, debiera admitirse que lo conveniente, quizá sería determinar la unidad del establecimiento por su valor final, antes que predeterminar su unidad, desatendiéndolo.

El valor final es el principal argumento a favor del establecimiento mercantil como bien único. O sea, el fondo del comercio.

La transmisión del establecimiento mercantil prevé un valor total distinto y nuevo de los elementos materiales, inmateriales o personales que lo componen y ese valor único acredita, a la vez, la unidad de establecimiento bajo una única organización.

No es el establecimiento mercantil que representa a la organización el que nos dirige hacia el bien único creado por el empresario. Es el fondo de comercio que nos permitirá constatar el valor del bien único del establecimiento mercantil organizado.

Y la cuantificación del valor prescindirá del valor en principio reflejado por cada uno de los elementos del inmovilizado material o físico, de los inmuebles, máquinas o instalaciones o del inmovilizado inmaterial y el capital humano de la organización. La

38. ROJO, A., Op. cit, p 101 o el propio Campobasso que prefiere la concepción atomista según la cual se entiende que el establecimiento es una simple pluralidad de bienes funcionalmente vinculados y sobre los cuales puede el empresario ejercer derechos diversos, Op. cit, p 140.

39. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, p 36; CHULIÁ V. Op. cit, p 210.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

estimación del valor único del fondo de comercio solo reflejará el mérito del capital organizado y premia o castiga a su titular en su consecuencia.

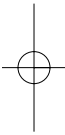
El establecimiento mercantil es la representación fáctica del capital organizado y su valor en el mercado resulta de la apreciación del fondo de comercio, como valor de la organización montada y funcionante del empresario.

El fondo de comercio es, entonces, la retribución específica, positiva o negativa, del oficio de organizador (empresario); que no debe confundirse con el resultado contable de la iniciativa económica.

Al límite, una actividad con resultado contable negativo puede suponer un elevado fondo de comercio y, a la inversa, un elevado resultado contable puede implicar un reducido o negativo fondo de comercio.

La diferencia está en la reputación o crédito del empresario en los términos en que el mercado está dispuesto a su justiprecio.

### 2.3.1. La universalidad de bienes y el patrimonio neto empresarial



La universalidad de bienes, de hecho o de derecho, tiene su trascendencia en la materia relativa a la transmisión de establecimiento o negocio (Sexta Directiva de CCE 17/5/1977 art. 5.8 sobre la no sujeción al IVA de la transmisión de universalidad de bienes).

La transmisión así calificada entra en un arduo discurso en el que no caben soluciones simples.

Las preguntas siguen a De Cossío y atienden a la pluralidad de bienes como suma de individualidades o algo distinto y superior a sus partes componentes.<sup>40</sup>

Hay un conjunto de elementos de tienen un destino compartido y que satisface un interés diverso al de cada una de las partes o individualidades.

El destino establece la unificación funcional que exhibe el interés tutelado del conjunto, que no de los elementos en singular.<sup>41</sup>

Suponiendo que el conjunto fuese el establecimiento mercantil o el negocio como universitas, lo cual no resulta difícil de admitir; cabe preguntarse, y esto es lo complicado, si esa unidad funcional no origina una cosa distinta a si misma, asimismo incomparable con los elementos componentes.

La transmisión del establecimiento, siendo universalidad, pone en evidencia, y esto es generalmente aceptado, el fondo de comercio.

---

40. DE COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1988, p 228.

41. PUGLIATTI, S., Op. cit, p 298 y sigts.

Este es un bien jurídico inmaterial que no puede confundirse ni con el negocio ni con sus elementos y sobre el cual su titular ostenta un derecho pleno de propiedad (es su propiedad).

Este nuevo bien inmaterial que surge del conjunto unitario funcional denominado establecimiento o negocio impone un tratamiento jurídico único a los elementos que lo integran.<sup>42</sup>

En suma, el negocio como universalidad de bienes, origina el fondo de comercio como nuevo bien sometido a tratamiento jurídico único, gozando de la tutela sobre un bien jurídico inmaterial de carácter patrimonial.

La transmisión del negocio, entendido como universalidad de bienes, implica también la del fondo de comercio. O, mejor dicho, supone la cesión del principal interés ligado al conjunto unitario funcional de bienes, derechos, actividades, que aseguren la continuidad del ejercicio de la empresa (inclusive para su cese).

Pero, no siendo así, cualquiera de las referencias segmentadas al patrimonio empresarial o profesional como objeto jurídico de la transmisión, no incluye el nuevo bien inmaterial creado, a la sazón, el interés principal si de universalidad de bienes se tratara.

La afectación de una masa patrimonial neta a su finalidad económica no es suficiente para determinar una regulación comprensiva del fondo de comercio único creado. Al límite, la transmisión del patrimonio empresarial puede significar una trasvase desordenado de bienes y derechos, con prescindencia del fondo de comercio en manos de su cedente.

Por eso, no puede identificarse el patrimonio empresarial o profesional con la universalidad de bienes, de hecho o de derecho. Uno tiene una composición meramente cuantitativa de significado contrario (activo menos pasivo exigible), y la otra un carácter cualificado a modo de matriz de un bien nuevo que resume el valor del conjunto unitario y funcional del que nace, con más el suyo propio.

El patrimonio empresarial no comprende al fondo de comercio, a no ser que se manifieste expresamente y por separado. La universalidad de bienes lo porta como un bien nuevo que le está insito.

El tema es fiscalmente relevante, de cara al IVA, en el cual la sujeción del patrimonio empresarial transferido no impide el gravamen sobre el fondo de comercio, porque esa transmisión equivale a la de la universalidad de bienes.

(LIVA 7.1.a); y, asimismo, a fines de explicar la ratio de la sucesión y donación de empresa al núcleo familiar (LIPPF art. 4 LISD art. 20).

42. RIPERT, G., ROBLLOT, R., *Traité de droit comercial*, ed. L. Vogel, París, 2001, p 330.

## 2.4. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO: SITUACIÓN POSESORIA

El establecimiento es el aglutinante objetivo de todos los elementos materiales e inmateriales de la empresa; cuyo fundamento es la organización. Es precisamente, la fuente de plusvalía del empresario, la organización como situación de hecho posesoria.

El poder, la relación de señorío o de hecho sobre la organización es indicativo de la situación posesoria específica del ejercicio de la empresa, en la cual todos los factores aparecen preordenados a la organización y en la organización.

Cualquiera que sea la definición que se adopte, el fondo de comercio es la cualidad de la organización, que no del establecimiento. La expresión de mercado del valor de la organización.

Y el corpus de la posesión no es otro sino la organización.

“Hasta el punto de admitirse como corpus cualquier relación de hecho reconocible como tal, que con la cosa se establece. El cazador que ha tendido sus artificios, es un poseedor del animal cazado, aún cuando no lo haya materialmente aprehendido todavía”.<sup>43</sup>

La situación posesoria específica sobre la organización engloba todos aquellos bienes, derechos, cosas sobre las que el titular tiene dominio propietario –derechos de propiedad intelectual o industrial- y, también, aquellos sobre los que produce una apariencia, según Falzea, como situación de hecho que manifiesta y hace aparecer como real una situación jurídica no real.<sup>44</sup>

El poder del organizador se manifiesta ostensiblemente en la realidad y así está reconocido, aún cuando no sea el titular de dominio alguno, sino solo el sujeto legitimado para actuar como si lo fuera. La organización adquiere materialidad en su control, a partir de que se reconoce por los demás que el empresario puede darle ese carácter porque o es dueño o la posee.

No puede predicarse la propiedad del empresario sobre la persona del trabajador, pero, nada impide interpretar su señorío sobre los productos de su energía laboral.

43. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial III*, Madrid, 1995, p 547; PEREZ, A.M., VI, Albadalejo *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1980, p 38: “en suma que ha de entenderse por corpus, el estado de utilización económica de las cosas, socialmente valorado”; RAVÁ, R., *Diritto Industriale*, Torino, 1981, p 413, es el que describe el establecimiento como situación posesoria específica, mientras que, para mí, la situación posesoria específica existe sobre la organización lo cual explicaría el poder de hecho interno y externo sobre la clientela del empresario, y otros elementos de la misma.

44. FALZEA, A., *Voci di Teoria generale del diritto*, Milano, 1970, p 51.

Asimismo, tampoco parece aceptable colegir en el derecho a clientela, un derecho subjetivo de propiedad, a la postre inexistente; pero, la clientela puede, sin embargo, poseerse, en el sentido de “dominación de una cosa que se tiene”.<sup>45</sup>

Y en el mismo sentido, los secretos de la organización desamparados por la propiedad intelectual o industrial, sobre el cual planea la tutela del ordenamiento jurídico, sea mercantil o penal, porque se reconoce su tenencia en el seno de la organización.

Pero, además, y es un aspecto a profundizar, la situación posesoria específica de la organización, sobre los elementos y la estructura del establecimiento, significa una relación de hecho determinada por el comportamiento del titular de la empresa que, en sí mismo, es la fuente principal de su valor económico en el mercado.

El valor de la organización es, por tanto, un indicador de capacidad económica, distinto del beneficio o resultado contable y autónomo a su respecto.

La obtención de beneficio empresarial es consecuencia de la organización de sus elementos materiales e inmateriales. Pero, el valor de la organización puede existir aún cuando no se produzca beneficio o resultado positivo de la empresa. El fondo de comercio no exige el beneficio previo de la actividad emprendida. Una empresa deficitaria, en pérdidas, o con resultado negativo puede apreciarse por el valor autónomo y propio de la organización. A la inversa, una empresa con resultado positivo puede indicar un desfondo de comercio –badwill–, porque su organización no logra la creación de valor conjunto superior al de sus factores componentes.<sup>46</sup>

De modo que, el fondo (o desfondo) de comercio premia o castiga la conducta del poseedor de la organización de la empresa, su aptitud aglutinante y la proyección sobre el mercado.

Un exceso de gasto, la apertura de una nueva fábrica, una pérdida ocasional pueden diluir el beneficio contable, sin atacar el fondo de comercio. A la inversa, puede producirse un beneficio contable sin que quepa la creación de goodwill: una empresa tiene un único cliente vinculado por un contrato de suministro. El beneficio se verifica por causa de la relación contractual, pero, sin que se pueda atribuir a la explotación del fondo de comercio.

La clientela es, precisamente, una referencia de la situación posesoria específica vinculada directa e inmediatamente a la organización.

La teoría económica identifica como elemento de monopolio en el mercado los motivos de preferencia que los consumidores expresan por una u otra empresa, sea por la bondad del bien o servicio, la proximidad del local, la penetración de la marca, la intensidad de la publicidad.

45. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, 1999, p 20.

46. v.g. mala fama, pésima reputación comercial.

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

El derecho de clientela es, en verdad, la relación de preferencia hacia una empresa por parte de los usuarios o consumidores, pero, que no es un derecho, puesto que el cliente es, por definición, tornadizo y mudable, ni, tampoco, un concepto despegado de la organización. Hay relaciones de hecho, que se poseen mientras duran.

La relación del empresario sobre la organización determina una situación posesoria específica que está protegida por la Ley de la interferencia de los otros y que, en si misma, es transmisible.

Así el capital organizativo reúne las virtudes de los hechos posesorios, aún cuando no se refieran a la propiedad del bien, sino “a las posibilidades de comportamiento y a las competencias de que dispone el titular del recurso”.<sup>47</sup>

La situación posesoria específica unitaria de la organización, a diferencia de la propiedad de otros bienes inmateriales –marcas, patentes, derechos de autor-, no exige para su protección la configuración exhaustiva del legislador. Es, precisamente, la teoría de Santi Romano cuando advierte entidades que por su estructura interna no coinciden, al contrario, con el modo en que se les configura legalmente, pero, que son “mundos jurídicos en si mismos”. El negocio es una unidad que funde y coordina diversos elementos y personas, que tiene “un jefe, un legislador, subordinados, propias leyes, toda una coordinación de autoridad y engranajes administrativos: será un mundo jurídico a si, completo en su género y sus fines”.<sup>48</sup>

El señorío de hecho es sinónimo de poder, de potestad sobre algo que es percibido, en su mera apariencia, por los terceros.

El empresario, con carácter subsidiario a su derecho de propiedad cuando existe, ostenta la titularidad de la situación posesoria específica de la organización. Todo lo que pertenece o está bajo el imperio del empresario integra una situación que no siendo de dominio es de posesión.

El poder posesorio se manifiesta plenamente ante la ausencia de derecho de propiedad.

El contenido económico de la organización está en el fondo de comercio, bien inmaterial que deriva de la propia organización, o mejor dicho, cualidad de la organización.

El fondo de comercio no se identifica con los elementos que lo integran, sino que, es una entidad (inmaterial) distinta. Hay así factores de propiedad exclusiva, tales como la

---

47. TORRES LÓPEZ, J., *Análisis Económico del Derecho*, Madrid, 1987, p 49; PASTOR. S., *Sistema Jurídico y Economía*, Madrid 1989, p 137.

48. ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, p 75. “...lo que es decisivo no es su derecho de propiedad, sino su cualidad de jefe”, en referencia a la disciplina jurídica de la propiedad y a la disciplina interna de la organización creada, coincidiendo curiosamente con Schumpeter que señala en la capacidad de mando el atributo del empresario: es el jefe.

propiedad intelectual o industrial, cuanto otros que son consecuencia del señorío de hecho del empresario, por ejemplo, el secreto industrial, el fruto del trabajo dependiente.

El fondo de comercio, como cualidad de organización, es un bien inmaterial poseído por el titular de la organización: un bien que representa un valor creado y susceptible de circular jurídicamente en cuanto tal, sin perjuicio de la reserva de propiedad perfecta en alguno de sus elementos: “el valor penetra en el comercio jurídico ... a ser libremente negociable. La calificación de mueble incorporal de un bien se impone, independientemente que sea susceptible o no de estar sometido al derecho de propiedad”.<sup>49</sup>

La posesión de la organización y, por consecuencia, del fondo de comercio, permite ilustrar sobre la particular condición jurídica de ciertos bienes inmateriales que no están amparados por el derecho de propiedad, pero, que demostrando su valor pueden ser objeto de tráfico jurídico –en su conjunto como el fondo de comercio o singularmente, en base al poder hecho de su titular.

La situación posesoria específica que define la relación entre el organizador y su organización se reflejará en el ejercicio de su potestad sobre aquellos bienes o cosas que no gozan de estatuto propietario ante terceros, sino que resume la apariencia aceptada en cuanto a la materialidad del que actúa como –si fuera- el dueño.

El ejercicio del señorío sobre el bien inmaterial pretende la creación y aprovechamiento de valor económico, puesto que su finalidad consiste en facilitar o permitir la ganancia del fundador, la ventaja competitiva de la organización en el mercado.

El fin del derecho propietario y del hecho posesorio es común: la explotación y aprovechamiento del bien inmaterial en el seno de la organización.

El valor, cuantitativo y cualitativo, de la organización aparece ampliado, porque no solo procede del dominio jurídico, sino del predominio de hecho sobre los bienes vocados a crear ventajas para la misma.

Hay bienes inmateriales que gozan de la propiedad plena y exclusiva y, por lo mismo, excluyente de los terceros. Pero, además, hay otros que no son objeto de un derecho, sino de un hecho evidente a los demás, en cuyo caso, la protección jurídica vendrá determinada por la posesión.

De ahí la importancia de configurar la organización como situación posesoria autónoma cuyo valor estriba en el fondo de comercio como bien valorable y comercializable, en si mismo, cuyo origen sólo puede justificarse en la potestad de hecho del organizador. Y simultáneamente, explicar la misma aptitud de los bienes no amparados plenamente por la propiedad intelectual e industrial (v.g. know-how).

Por otra parte, es desde coposesión del fruto del trabajo que puede examinarse la particular relación entre el capital organizado y el capital humano en relación de dependencia.

49. PÉLISSIER, A., *Possession et meubles incorporals*, París, 2001, p 112.

### 3. EL FONDO DE COMERCIO

#### 3.1. EL FONDO DE COMERCIO. CONCEPTO. CARACTERÍSTICAS

La organización de los distintos elementos materiales e inmateriales del establecimiento establece la diferencia del valor entre una y otra empresa, medida estrictamente en razón de la aptitud del empresario para su creación. El valor del conjunto superior a la suma de los valores individuales de cada elemento señala en la organización la fuente del (nuevo) valor; que no es una mera cualidad del establecimiento, sino, en todo caso, la cualidad del organizador, del empresario.<sup>50</sup>

La disciplina del establecimiento estriba en la organización de los elementos individuales afectos a la actividad económica, sin que sea relevante la titularidad propietaria de cada uno de ellos.

“Acostumbro a decir que el establecimiento se puede pensar aún en el caso de laboratorio en que está compuesto en su totalidad por *res furtivae*. Lo que invita a valorizar como auténtico antecedente de la disciplina, a la organización”.<sup>51</sup>

El señorío sobre el establecimiento en su conjunto, cualquiera que sea el dominio jurídico que exhiba sobre cada parte integrante, extraña una situación de hecho, un poder de hecho sobre el conjunto que reside en la posesión de la organización del establecimiento resultado y resultante de su actividad.

La posesión o situación de hecho sobre la organización es independiente del derecho eventualmente de propiedad que corresponda.

La situación de hecho sobre la cosa, estamos refiriéndonos a la organización, denota, a la vez, la exclusividad del señorío de hecho y de abstención ajena frente a su ejercicio.

El poder de hecho sobre el bien inmaterial es poseerlo, y, por tanto, susceptible de encuadrar en la disciplina posesoria civil, aún cuando se la califique como posesión sui generis.

El fondo de comercio, goodwill o avviamento aparece como un concepto ineliminable del valor de una empresa, pero, al tiempo, resulta de contornos indefinidos y, finalmente, indeterminado.

50. ROJO, A., c/ Op. cit, p 108.

51. SPADA, P., Op. cit, p 51.

En la doctrina anglosajona se advierte sobre el carácter residual de la categoría, convertida en una caja vacía donde entra todo lo que no se puede contar o apreciar con cierta precisión.<sup>52</sup>

Así se opta o por la explicación de la preferencia de la clientela, derivado del buen hacer organizativo (patronage) o por la presencia de un beneficio excedente: un fondo de comercio significativo supone beneficios superiores a los que la tasa ordinaria de retorno ofrece respecto a los otros activos de la empresa (activos materiales).

Es asimismo sugestivo, el método de establecer el goodwill por comparación entre empresas, una de las cuales está en funcionamiento y otra a punto de comenzar. La diferencia de valor entre ambas –going concern value- es el fondo de comercio.<sup>53</sup>

Pero, de lo que resulta que el goodwill es un elemento inmaterial desprendido de la organización, o, la denominación del valor adquirido por la misma en el mercado o aún antes.

El fondo de comercio es la denominación del bien inmaterial separado de la organización representada en el establecimiento mercantil. Y en ese carácter participa de la misma calificación: es el bien inmaterial susceptible de adquisición o transmisión, comprendido en el amplio espectro del art. 333 del CC (S. 22-02-1979 relativo al establecimiento farmacéutico, donde se distingue con claridad entre el local y elementos accesorios que le sirven de soporte físico y el negocio comprensivo de existencias, clientela, derechos de traspaso y demás que del mismo se deriven).

El fondo de comercio es un intangible específico, que, como tal, no aparece prevista en la clasificación de los bienes del Código Civil, pero, que en el tráfico jurídico y respecto a su titularidad y circulación puede considerarse como bien mueble, como por otra parte, la propiedad intelectual y la propiedad industrial.<sup>54</sup>

Y no resulta convincente sostener que no son susceptibles de apropiación ciertos bienes que escapan de la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles<sup>55</sup>, puesto que los bienes inmateriales son bienes susceptibles de tráfico jurídico y dominio o control, de posesión o goce, como cualquier otro bien apto para su protección jurídica.

Y el carácter mobiliario del fondo de comercio permite su transmisión aislada del patrimonio empresarial. Así puede ser objeto de aportación, siempre que su valoración separada figure en el documento de la aportación.<sup>56</sup>

52. STEWART, T.A., Op. cit, p 61.

53. BRYER, L.-SIMENSKY, M., *Intellectual property assets and intellectual property accompanying mergers and acquisitions*, par 3.7: "the additional element of value which attaches to property by reason of its existence as part of a going concern".

54. RIPERT, G-ROBLOT, R., Ed. L. Vogel, *Traité*, p 332.

55. MARÍN CASTÁN, F., *Comentario del CCI.G. de la Sierra*, Vol 3, p 7.

56. DGRN de 31-10-1986 en aplicación de la S.TS de 15-07-1985.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

### 3.1.1. La Autonomía del Fondo de Comercio

Bercovitz sostiene que el fondo de comercio no es un elemento autónomo de la empresa, sino el valor que está dispuesto a pagar un adquirente de la empresa por la organización empresarial en si misma considerada tal como está implantada en el mercado, y que excede del valor de los elementos individuales integrados en la empresa.<sup>57</sup>

El autor concluye que el fondo de comercio carece de autonomía “puesto que no es en si mismo ningún elemento patrimonial, lo cual significa que sólo puede transmitirse junto a la empresa ... el fondo de comercio no puede transmitirse como elemento patrimonial autónomo distinto del conjunto de la empresa”.

El fondo de comercio existe pari passu que la organización, se alimenta y crece o adelgaza y se empobrece con el desarrollo del capital organizativo. Pero, aún cuando se exprese en la enajenación onerosa de la empresa, tiene presencia propia con carácter previo y, asimismo, no puede sostenerse que no sea transmisible con independencia del capital organizativo.

De hecho y legalmente, cuando se acepta la amortización del fondo de comercio previa adquisición a título oneroso se está aceptando que pueda ser objeto de compra separadamente y con autonomía del patrimonio empresarial.<sup>58</sup>

El goodwill es un bien inmaterial real y comercializable en si mismo. Es el resultado de la reputación, comprensivo de todos aquellos elementos y componentes que dan crédito a la empresa en el mercado. Pero, que no implica la desaparición de la empresa si, ésta conservando su organización por ejemplo, cambia de actividad o de objeto social,

---

57. BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2001, p 254.

58. URÍA, R.-MENÉNDEZ, A.-OLIVENCIA, M., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1994, T.III, p 36. donde se señala que no debería descartarse la posibilidad de aportación de fondo de comercio o meras situaciones de hecho, know how, a la sociedad anónima ex.art. 36.1.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, cit, p 296, dice que el objeto de la aportación pueden ser bienes materiales o inmateriales, entre los que cita el llamado “fondo de comercio”.

CHULIÁ, F.V., *Introducción*, cit, p 272, señala que el fondo de comercio puede ser objeto de aportación social, ya que “constituye su supuesto de adquisición por la sociedad a título oneroso, requisito indispensable para que figure en el activo del balance como inmovilizado inmaterial “...la aportación del fondo de comercio, así como del Know how, exclusivas de venta, etcétera, demuestran que son bienes inmateriales aportables en su propia consistencia jurídica, sin necesidad de contar con la aportación global de la empresa, confirmando la autonomía en el tráfico jurídico patrimonial, formen o no parte del conjunto de elementos de la empresa que pertenecen””.

URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, cit, p 804: “De ahí que incluso bienes de carácter inmaterial como serían los secretos industriales no patentados sobre ideas, productos o procedimientos –know how-, el fondo de comercio y hasta meras situaciones de hecho –canales comerciales, clientela, etc.- pueden ser objeto de aportación a una sociedad anónima, mientras tengan un contenido patrimonial y pueden ser valorados de forma segura y objetiva”.

aún cuando, con carácter previo, se hubiera desprendido del fondo de comercio construido hasta ese momento.

### 3.2. EL VALOR DEL FONDO DE COMERCIO

El fondo de comercio no puede calificarse como una simple cualidad del negocio. Es mucho más. Es la acumulación histórica del conocimiento organizado del empresario y la aptitud para consentir excedentes o resultados económicos, en cualidad de organizador.

Si el fondo de comercio se concibe como la plusvalía derivada de un negocio en funcionamiento u operativo (avviato), no resulta difícil sostener que su creación no es cualidad objetiva del negocio, sino de la organización del mismo, de la capacidad para crear valor de una organización histórica determinada y su proyección futura.<sup>59</sup>

En suma, el fondo de comercio no es una cualidad del establecimiento, sino un valor de la organización como fuente de excedente o beneficio futuro (STS 15-07-1985).

El fondo de comercio es la brecha que permite colmar la atribución de un valor superior al valor del capital patrimonial o financiero de la empresa: el valor de la organización, que completa o complementa el valor determinado y cierto del capital económico.

Y, aún a riesgo de ser unilateral, depende de factores subjetivos. El fondo de comercio subjetivo implica que en su valor juega la capacidad organizada por el empresario, las cualidades del capital humano, la experiencia acumulada, los signos de prestigio. Y, además, la clientela obtenida.

Pero, no parece que pueda valorarse el fondo de comercio en términos objetivos (la capacidad de producción de una fábrica a costes competitivos), porque, en verdad, se trata de apresar la idea organizativa, el proyecto realizado y su influencia sobre la rentabilidad de la empresa.

El valor del capital organizacional es el fondo de comercio. Y no es un valor objetivable, simplemente, porque depende de una universalidad construida en torno a la aptitud (histórica) de la organización. Por eso, es un valor ajustado a la organización ejecutada por el empresario: su plusvalía de conocimiento (del mercado).

La cualidad del fondo de comercio no es del negocio; sino del organizador, del empresario. Al sujeto que organiza le pertenece el mérito de edificar un bien inmaterial que se debe a su habilidad para convertir partes o fragmentos en unidad.

59. PUGLIATTI, S., Op. cit, “considerar como cualidad o valor del negocio, no en si mismo, sino en relación con la empresa y su gestión” p 45.

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La expectativa futura del beneficio de la empresa está en su anclaje en el capital humano, el sistema operativo y las relaciones de clientela. Es decir, la organización crea el fondo de comercio que representa su valor en el mercado.

Ripert-Roblot indican que el fondo de comercio es una propiedad incorporal consistente en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo por los elementos al servicio de la explotación.<sup>60</sup>

Los autores reducen o concentran el fondo de comercio en el derecho a una clientela, resultante de la unión de los elementos del negocio. El foco de atención se centra en el elemento relacional externo de clientela: aquello que une la explotación no sería la organización sino la clientela.

El fondo de comercio, entonces, es una propiedad incorporal que, en realidad, es un derecho a la clientela: “El comerciante detenta elementos que le permiten de contar sobre el mantenimiento de una clientela y eventualmente su desarrollo”.<sup>61</sup>

No es un derecho subjetivo ni un monopolio, puesto que la clientela es la desemboadura del negocio como complejo de bienes materiales e inmateriales y, en su ausencia, desaparece el fondo de comercio.

El elemento esencial del fondo de comercio es la clientela y, en particular, cualquiera de sus partes, puede ser el elemento determinante para su conservación —el nombre, los signos, el local, las patentes, etcétera—.

El fondo de comercio es la clientela, pero, no solo.

La idea es que la organización conforma el resultado de negocio y, a la vez, es su fundamento. Y el mantenimiento y crecimiento de la clientela es consecuencia de la capacidad de la organización para conseguirlo.

Así como puede existir un negocio sin clientela; no sería posible que hubiera clientela sin negocio.

La organización es lo que transforma el capital humano, los procedimientos operativos, la propiedad intelectual e industrial, la clientela, en resultado económico.

Es la capacidad competitiva de la organización que determina la conservación y adquisición de clientela y no a la inversa.

Por eso según se trate, el derecho a la clientela aumenta el valor de la organización —el fondo de comercio— o, puede acabar con él. El nuevo cliente es un coste de la organización, así como la satisfacción del que ya lo es constituye un beneficio.

Pero, en relación con el capital organizacional de la actividad. Y, finalmente, esto, también, quedará reflejado en el fondo de comercio, en el valor de la organización o plusvalía del empresario.

---

60. RIPERT, G-ROBLOT, R., *Traité Élémentaire de droit commercial*, París, 1968, pp 286 y sigts.

61. RIPERT, G-ROBLOT, R., *Op. cit.*, p 290.

El valor inmaterial o incorporeal atiende al fondo de comercio y al capital organizacional del que resulta y lo ha construido. La fuente de valor es el diseño, programa, dirección de la organización y, asimismo, por la “teoría que inspira la empresa” (Edvinson-Malone). Pero, el fondo es el bien inmaterial.

El empresario, encuentra en el fondo de comercio la expectativa de su beneficio en contrapartida por el alea y el riesgo de su ventura económica. Su beneficio intrínseco es la retribución por la organización. En cambio, el capital humano dependiente o subordinado es remunerado por la cantidad y calidad de su prestación de energía laboral. La consecuencia es que su remuneración siempre está conexas a la organización creada por el empresario.

Lo que aparece como denominador común del capital organización y del capital humano es que ambos tienen una medida dominada por el conocimiento adquirido, la habilidad operativa, el saber hacer. La diferencia consiste en que la organización manda sobre el trabajo y es la fuente de productividad del capital humano.

La creación de valor por parte de la organización se vale del capital humano para su propia realización.

“El flujo lógico de creación de valor en un negocio parte del capital humano, o, del conjunto de las competencias, del Know-how y de las características personales de los individuos que operan en el interior de la organización. Tal capital, en la cadena del valor, debe poder transformarse en capital organizativo, o en un añadido de orden superior que consiente al negocio poseer tales competencias y Know how a nivel estructural”.<sup>62</sup>

Uno de los elementos esenciales del fondo de comercio, entre los materiales o inmateriales, singularmente considerados, es el trabajo en la organización.

El hombre, entonces, obtiene una utilidad del despliegue de su energía, que se materializa en cosas, bajo la dirección de una persona ajena.

Por eso, sus prestaciones –de trabajo– caen bajo el señorío jurídico de otro, y, al mismo tiempo, ostenta el derecho de apropiabilidad de los resultados de la actividad.

El trabajo no es propiedad de la empresa, pero, la persona capitaliza la empresa mediante su conocimiento, habilidad, experiencia. El valor producto del capital humano dependiente es posesión de la organización.

El eje del derecho (subjetivo) de empresa es la organización. El valor que puede apreciar el esfuerzo, crédito o reputación del titular es el fondo de comercio.

62. CRAVERA, A.-MAGLIONI, R.-RUGGERI, R., Op. cit, p 67.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La cesión o transmisión del fondo de comercio significa, esencialmente que, o hay cese de la actividad empresarial porque desaparece el impulso subyacente del derecho o, asimismo, que se produce la sustitución del organizador por otro.

Pero, tanto en uno como en otro caso, el fondo de comercio, positivo o negativo, permanece como cualidad o atributo del titular de la organización. Es su coste o beneficio, el castigo o el premio que el mercado adjudica.

### 3.3. EL CÁLCULO DEL FONDO DE COMERCIO

El valor de la empresa, según se mire, toma en cuenta la plusvalía del fondo de comercio presente con respecto al valor normal del mercado, desprendido de la comparación *at arm's length* o, simplemente, transformando el fondo de comercio en un sinécdoque, definiéndole parcialmente como una fuente de generación de beneficios futuros de la empresa (donde el goodwill se disuelve en el beneficio ordinario de la actividad de la misma).

Por esto no es congruente. El fondo de comercio, si se analiza separadamente del valor sustancial, tangible, de la actividad económica, depende de la organización histórica y actual de su capacidad para generar el plusvalor. Esa plusvalía respecto a la renta ordinaria o normal del mercado no puede convertirse en expectativa de futuro, a menos que se asuma que es el fruto actual de una cierta forma de organización del negocio, de una gestión del establecimiento autónoma del valor tangible o sustancial de la empresa.

Precisamente, el súper valor del fondo es el supervalor de la organización y no puede disolverse en el beneficio o expectativa futura de beneficio de la empresa como gestión ordinaria y normal.

La capitalización financiera aplicada al intangible fondo de comercio para concluir o no en superbeneficios futuros –el valor global de la empresa es igual al valor sustancial más el fondo de comercio– es una forma simple e incierta de reconocimiento de la existencia de un valor que es inasible en su cuantificación, salvo que se le mida en relación a la actividad de la organización y en su mérito.

El fondo de comercio se define en el PGC como el conjunto de bienes inmateriales, como la clientela, el nombre o razón social, y otros de naturaleza análoga, que impliquen valor para la empresa.

La Resolución de 21 de enero de 1992 del ICAC amplía la definición: localización, cuota de mercado y nivel de competencia de la empresa, capital humano, canales comerciales.

“En la valoración de este tipo de activo inmaterial subyace la idea de los “*superbeneficios*” futuros a conseguir mediante la adquisición de una empresa o parte de la misma”.

El fondo de comercio que no se adquiera aislado obtiene su valor por la diferencia entre el precio satisfecho en la compra de una empresa y la suma de los valores identificados de los activos individuales adquiridos menos los pasivos asumidos en la adquisición. O sea, el valor del fondo de comercio es separado y autónomo del patrimonio empresarial.

La definición contable es indudablemente ilustrativa.

En primer lugar, el fondo de comercio es el crédito de la organización de la empresa en el mercado. Las cualidades del capital organizativo y el capital humano resumen el valor simbólico que representa la empresa, separado y distinto del patrimonio empresarial, del capital económico y financiero resultante de la capitalización de la renta futura.

Pero, es una contradicción señalar que en la valoración del fondo de comercio subyace el propósito del superbeneficio futuro. Si el valor del fondo de comercio puede reputarse elemento susceptible de valoración independiente del capital económico es porque expresa un superbeneficio histórico y actual, que no futuro, respecto a las demás empresas análogas que observan un beneficio normal y ordinario.

Una contradicción late en la doctrina contable sobre la finalidad del fondo de comercio y su función económica.

En efecto, se admite que el excedente del fondo de comercio por sobre el valor del capital neto de gestión de la empresa contribuye a la formación del valor económico del establecimiento, el valor del cual está constituido “por el valor del capital neto de gestión incrementado por el valor del fondo de comercio”.<sup>63</sup>

Pero, contemporáneamente, se niega que el valor del fondo de comercio pueda determinarse autónomamente respecto al valor económico del establecimiento: “un elemento a añadir a los componentes activos y pasivos del capital de gestión, para obtener, con la suma algebraica y como conocimiento posterior a aquellos, el valor del capital económico” (Onida).

Una de las dos: el fondo de comercio añade o quita valor al capital de gestión de la empresa. Pero, difícilmente puede hacerlo sin previo reconocimiento de la autonomía de su determinación y, sobre todo, de su existencia.

Si el fondo de comercio suma o resta al valor económico del establecimiento es porque tiene un cuerpo propio susceptible de adquirir adecuada cuantificación.

Otra cosa, es que ello no se produzca porque la doctrina contable no acepte, en general, su cuantificación como bien intangible e inmaterial sin transacción previa.

---

63. ONIDA, P., *Economia d'Azienda*, Torino, 1968, p 659; ARDEMANI, E.-ALBERTI, G.-BRUNI, G.-CERIANI, G.-FRATTINI, G.-ROCCA, F., *l'Impresa, IV, La gestione straordinaria*, Milano, 1990, pp 407 y sigts.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

No obstante, hay autores de la doctrina contable tradicional que supieron advertir la autonomía del fondo de comercio respecto a la estructura material de la empresa, idónea para su valoración independiente.

Así, Besta: “el valor que la empresa próspera tiene por si misma independientemente de los bienes en cuanto se hallan unidos y vinculados y aplicados en modo provechoso más allá de la medida normal”.<sup>64</sup>

De este modo el valor económico de la empresa resulta de la suma del valor del fondo de comercio al valor sustancial de los bienes materiales.

Ese excedente, derivado de la intangibilidad, respecto a la concurrencia normal, es la fuente de un rendimiento excepcional, de una renta extraordinaria atribuible al aquí denominado capital organizacional.

Es curioso constatar que la escuela de Besta propone una fórmula similar al on going concern value de la doctrina americana, al establecer el método comparativo con otras empresas funcionantes para llegar a la fijación del goodwill.

En verdad, el fondo de comercio se aprecia por la diferencia entre la empresa operativa y las otras o entre la empresa operativa y otra que no lo es.

La cuantificación del valor del fondo de comercio no se lanza al futuro: es el valor presente de un superbeneficio de la organización en comparación con otras empresas semejantes, deducible, además, de los factores de identificación señalados. Pero, en ningún caso sería la conclusión que el valor del fondo de comercio separable y transferible, en la cesión global de la empresa, está en función de la rentabilidad futura de la empresa.

Al contrario, esto solo podría sostenerse, que no es el caso, si el PGC y las resoluciones derivadas consideraran el valor de la empresa como un valor total y unitario resultante de la capitalización de los beneficios futuros, desdeñando el procedimiento analítico, por un procedimiento sintético.

El primero, adoptado en el PGC supone que a la determinación del capital propio de la empresa se le suma un elemento distinto y específico denominado fondo de comercio.

En suma, la presentación del fondo de comercio, desde la perspectiva contable, recoge su naturaleza refleja de la organización y el capital humano y la exigencia de valor para la empresa.

En este sentido estricto el valor del capital organizativo –incluyendo el humano a estos efectos– como bien inmaterial.

Nótese que todos los atributos que califican al fondo de comercio son el resultado de la organización: clientela, localización, capital humano, cuota de mercado, nivel de

---

64. BESTA, F., *Ragioneria I*, Milano, s.f., p 94.

competencia, canales comerciales, nombre o razón social; esos atributos que dan crédito en el mercado y que, por tanto, no responden al pretendido valor global y único del capital económico de la empresa.<sup>65</sup>

La taxonomía del fondo (contable) de comercio, conjunto de bienes inmateriales, apunta a la unidad del capital intelectual, distinta de los elementos componentes, siempre condicionado a la creación de valor económico.

El capital organizativo es la sede del nivel de competencia de la empresa: la organización como sistema de comunicaciones.<sup>66</sup>

En su interior, culmina el secreto posesorio y el secreto propietario.

La organización en su proyección relacional externa establece la clientela, los canales comerciales con los proveedores y la cuota de mercado. La capacidad de la organización para alcanzar sus objetivos de igual modo que la localización y el nombre o razón social.

### 3.4. DEFINICIÓN DE FONDO DE COMERCIO EN LA DOCTRINA FRANCESA. LA CLIENTELA

El concepto de fondo de comercio ha sido extraído en Francia de la doctrina y jurisprudencia, partiendo de un dato esencial que se vislumbra en el derecho a la clientela: el fondo de comercio, según Ripert, es una propiedad incorporeal consistente en el derecho a la clientela que está ligada al fondo por los elementos que sirven a la explotación.<sup>67</sup>

El fondo de comercio “permite esencialmente retener y desarrollar una clientela atraída por el saber hacer del comerciante, la calidad de las mercancías vendidas, el emplazamiento del establecimiento, los signos distintivos, etcétera”.<sup>68</sup>

La calificación del fondo de comercio está ligada a la noción de clientela, que es, a la vez, la finalidad del fondo y su componente principal. El fondo de comercio, es la “traducción patrimonial de una explotación comercial”<sup>69</sup>

La clientela, es esta opinión, determina la existencia del fondo. Sin clientela, no hay fondo de comercio, siendo ésta su elemento esencial.

65. CERIANI, V.G., “Le cessioni di imprese” en *L'Impresa IV*, Op. cit, pp 352 y sigts. Con fuerte crítica a la doctrina contable de F. Besta, por su defensa del procedimiento analítico que, a mi modo de ver, es más actual que su contrario, en particular, Onida, que niega la autonomía del fondo de comercio.

66. BARNARD, C., *The functions of the executive*, Cambridge, Mass, 1953.

67. RIPERT, G.-ROBLOT, R., Op. cit, p 286.

68. GUYON, Y., *Droit des affaires, Droit commercial general et sociétés, T. 1*, París 1998, nº 643.

69. PAROT, J.C., *Fiscalite de la cession d'entreprise*, París, 1997, p 32.

## EL CAPITAL INTELECTUAL

La clientela no es aquella pasajera o precaria (achalandage), sino las personas que se dirigen al comerciante por razones de confianza o de hábito o por virtud de un contrato de suministro.<sup>70</sup>

La clientela debe ser creación del comerciante: el fondo de comercio pertenece al que crea la clientela.<sup>71</sup>

La propiedad del fondo de comercio, en suma, es un derecho de clientela, mediante los elementos que permiten su atracción y conservación.<sup>72</sup>

El derecho de clientela está en la explicación de la preferencia. Pero, todo es descriptivo y, falla en su propia construcción.

En primer lugar, es obvio que el empresario carece de monopolio jurídico sobre la clientela, que siempre podrá cambiar su predilección.

En segundo lugar, la atracción y conservación de la clientela no es sino la consecuencia de la organización para su propósito. No es la clientela que determina la organización; sino que es la organización de los distintos elementos del establecimiento lo que permite atraer y retener a la clientela. Al límite, la clientela es un elemento adicional de la propia organización que sirve a su creación.

En tercer lugar, la venta del fondo de comercio revela las limitaciones expuestas, puesto que la entrega de clientela al comprador consiste en presentarlo a los clientes o enviar las listas de sus nombres y direcciones.<sup>73</sup> O sea, la base de la clientela no es sino el quehacer interno de la organización en cuanto tal. Pero, aún más, el valor del fondo de comercio, desde la perspectiva fiscal, omite cualquier consideración particular de la clientela, en cuanto depende de dos grupos de factores: los vinculados al local comercial propiamente dicho y los que están relacionados con la actividad comercial (calidad profesional del titular, material, inventarios, contratos de trabajo, etcétera).<sup>74</sup>

De donde puede concluirse que cualquiera de los elementos de la organización pueden servir para atraer o conservar la clientela, que es una noción mediata e indirecta, a desprender de la propia organización del establecimiento. La transmisión de clientela es o puede ser el efecto de la cesión de cualquier elemento del fondo de comercio<sup>75</sup>, que se entienda pueden servir a su atracción y conservación.

La clientela, según Garrigues, es algo que está cambiando constantemente de manos, sin llegar a ser propiedad de nadie, ...es una pura relación de hecho aunque

70. GUYON, Y., Op. cit, nº 690.

71. LEMEUNIER, F., *Fonds de commerce*, París, 2001, p 12.

72. RIPERT, G.-ROBLOT, R., Op. cit, p 290.

73. LEMEUNIER, F., Op. cit, p 50.

74. LEMEUNIER, F., Op. cit, p 229.

75. PAROT, J.C., Op. cit, p 74.

tenga un enorme valor económico para la empresa. Ello quiere decir que no cabe una protección directa de la clientela.<sup>76</sup>

El ejercicio de hecho del poder organizativo del establecimiento confirma una situación posesoria específica. En el conjunto, hay derechos que sirven de fundamento al ejercicio del poder –derechos de propiedad industrial, por ejemplo-, y, a la inversa, hay situaciones en las que subsidiariamente careciéndose de un derecho, media una conducta como si se tuviese, ejercitando su contenido –v.g. la clientela. Pero, la referencia al ejercicio de determinados poderes sobre el fondo de comercio da lugar a una situación posesoria, independientemente que algunos de sus elementos integrantes correspondan a situaciones de derecho reconocidas, y otros, no.

El premio del mercado no está conectado a la capacidad de atraer o conservar clientela exclusivamente; sino, a la reputación, al reconocimiento de la calidad del organizador. Es un atributo de la organización del establecimiento en si mismo considerado.

Así como el fondo de comercio compensa la (buena) organización; el fondo de comercio negativo castiga a la que no lo justifica. Y ello con relativa prescindencia de los elementos que componen el negocio.

La organización del establecimiento, en cuanto tal, preexiste a la clientela, desde que se halla en condiciones de iniciar su actividad. O, aún más, aún cuando esté dirigida a servir la finalidad específica del grupo o empresa a la cual pertenece.<sup>77</sup>

La clientela, en la reflexión del capital relacional, es parte del patrimonio de relaciones establecidas con el mercado y con los propios clientes actuales y potenciales.<sup>78</sup>

Un efecto externo del capital organizativo y del capital humano de la empresa para atraer y mantener clientela.

La clientela no es un elemento fijo, sino mudable y su vinculación es, por norma, aleatoria, salvo si existe una relación contractual específica, en el sentido de contratos de suministro, de distribución, de prestación continuada de servicios, que ligen e identifiquen la clientela con la organización.

La clientela en general no es, en si misma, objeto de disposición jurídica por parte de la empresa. Pero, algunas de sus referencias crean valor a la organización; son activos.

La OCDE señala, por ejemplo, las listas de clientes, los canales de distribución como partes del “marketing intangible” de la empresa. En igual sentido, la jurisprudencia suprema afirma que la lista de clientes es un elemento con valor patrimonial. (SSTS 17-7 y 29-10-1999). Así los costes indirectos vinculados con la recogida, almacena-

76. GARRIGUES, J., *La propiedad industrial y la empresa. Actas de Derecho Industrial, 1997*, p 20.

77. V.g. establecimiento permanente que no realiza un ciclo comercial íntegro. ROSEMBUJ, T., *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona, 2001.

78. CRAVERA y Otros, Op. cit, p 67; CAÑIBANO y Otros, Op. cit, p 19.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

miento y acceso a la información relativa a los clientes tienen la consideración de gasto capitalizable, y no de gasto corriente y ordinario. Y, por tanto, la inversión en la adquisición y conservación de clientela no conforma un activo intangible en si mismo; sino en los medios para conseguirla.

De modo que, difícilmente puede transmitirse como algo propio lo que no se tiene o que solo puede reflejar una influencia mediata.

Una cosa es dirigirse a buscar clientes y mantenerlos y otra ceder la clientela como si efectivamente se tuviera.

El valor de la clientela es el esfuerzo de la organización para conseguirla. Es decir, cuanto mayor sea la profundidad de conocimiento e información de los clientes, actuales y potenciales, traducidos en las listas, base de datos, canales de distribución; mayor será la probabilidad de aumentar las ventas o la facturación.

Pero, en cualquier caso, es un valor de la organización, un factor añadido a su actividad susceptible de transmisión individualizada y que enriquece el patrimonio intangible (el fondo de comercio).

### 3.5. EL FONDO DE COMERCIO COMO EL CRÉDITO EN EL MERCADO

El fondo de comercio está vinculado a la reputación, fama, crédito del empresario en el mercado. La reputación no es suficiente para construir el fondo de comercio, pero, sin ella no hay fondo de comercio. Esa inmaterialidad adjetiva a la organización.

“Es el beneficio y ventaja de un buen nombre, de una reputación y conexión de una empresa. Es la fuerza atractiva que trae al cliente. Y se distingue la empresa ya establecida de la de nueva creación .... Su valor es nulo a menos que posea el poder de atracción suficiente para llevar a los clientes desde su casa hasta la fuente de la cual emana”.<sup>79</sup>

El valor del capital organización es su reputación, fama o crédito en el mercado. Ese valor debe cualificar el fondo de comercio de la empresa.

Y su protección en el mercado y a fines concurrenciales entiende preservar la organización de los actos de competencia desleal.

---

79. Lord Mc Naughton en *IRC v. Muller's Margarine* (1901); *Scandecor Development AB v Scandecor Marketing AB* (1999).

HOLYOAK, P.-TORREMANS, *Intellectual Property law*, London, 2001, p 446.

Los actos de deslealtad frente a los competidores, previstos en la L. De Competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero, tienen un común denominador: la tutela de la organización, del fondo de comercio de la empresa, frente a la denigración, la imitación, la explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual.

Los actos de deslealtad atacan la empresa en su centro sensible: su fama, prestigio y crédito que derivan de su quehacer concurrencial para conseguir ventas actuales y futuras.<sup>80</sup>

Los actos de deslealtad frente a los competidores, afirma Alonso Soto, tratan de “mantener sin menoscabo la posición que los competidores, mediante su esfuerzo, han alcanzado en el mercado”.<sup>81</sup>

Es decir, tutela y protección del fondo de comercio en todos sus aspectos como expresión relevante de la organización de la actividad emprendedora.

La deslealtad competitiva, en los tipos señalados en la LCD, trasunta el núcleo esencial del esfuerzo propio y distintivo del empresario en la construcción de la organización.

Así la deslealtad se produce cuando se pretende su debilitamiento o destrucción mediante maniobras incorrectas que afecten al conjunto en su totalidad o alguno de sus elementos integrantes.

El legislador viene a afirmar que el fondo de comercio es imagen y reflejo del bien inmaterial de la organización del establecimiento que no puede vulnerarse, sin efectos jurídicos cuando se persigue su descrédito, desvalorización o deslustre en el mercado. En suma, si lo que se busca es daño a la reputación del competidor, mediante prácticas desleales.

Denigración (art. 9 LCD) consistente en manifestaciones tendentes a menguar el crédito o la buena fama de la empresa.

Imitación (art. 11 LCD) si afecta los derechos de propiedad industrial de la competencia, generen confusión en los consumidores o supongan la explotación indebida de la reputación o esfuerzo ajeno (art. 12 LCD).

Violación de secretos de empresa (arts. 13 y 14 LCD) dirigidos a evitar la difusión de procedimientos de Know-how en curso de la organización, sea por sea por ruptura de la confidencialidad o a través de la infidelidad del trabajador para con su empresa.

Desviación de dependientes y clientes (art. 14 LCD) vinculados a la organización mediante actos desleales, para que rompan sus relaciones con la misma en beneficio de otro empresario inductor.

80. SAP Madrid de 22 de abril de 1998.

81. ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia*, en URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., Curso de Derecho Mercantil, Op. cit, p 330.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

El esfuerzo dedicado al capital organizacional y su resultado en el mercado tiene el reconocimiento nuclear frente a la competencia desleal que afecte su valor a través de menguar su crédito, fama, prestigio o sustracción desleal de clientela, trabajadores, proveedores.

En suma, la competencia no puede perjudicar ni aprovecharse del capital organizacional si no es a través de actos y prácticas correctas de competencia.

Pero, en lo que aquí interesa, la denigración o confusión, la imitación o la explotación del prestigio ajeno, el aprovechamiento de secretos de la empresa o la inducción al abandono de trabajadores o clientes tienen el común destino del deterioro de la organización y por su intermedio la desvalorización de su fondo de comercio.

El deber de competir lealmente es la contrapartida del derecho subjetivo de empresa. Pero, la realización de actividad desleal o ilícita apunta al hecho organizativo, a la situación posesoria específica representada por la organización del establecimiento y su fondo de comercio: la ruptura de las reglas de juego por la destrucción de la organización competidora, en su conjunto o en algunos de los elementos integrantes.

### 3.5.1. La prohibición de competencia

La transmisión del fondo de comercio apareja una obligación de no hacer, cuyo interés es manifiesto. El vendedor debe abstenerse de hacer la competencia al comprador durante un período de tiempo determinado.

La obligación de abstenerse o la prohibición de competencia es una contrapartida de la cualidad de la organización cuyo valor representa el fondo de comercio.

Se trata de una obligación de no hacer, personal que tiene como referencia exclusiva al titular del fondo de comercio (organización) cuya continuidad y permanencia en la misma situación objetiva y subjetiva en el mercado, podría perturbar o dificultar gravemente el aprovechamiento de la adquisición del goodwill.

No solo respecto a los elementos relacionados con la clientela-listas, base de datos, o proveedores; sino, y fundamentalmente, con el prestigio o reputación del que goza el organizador y cuya presencia, en paralelo, disminuiría la ventaja competitiva del que compra.

La cláusula de no competencia es la correlación necesaria a la cesión del fondo de comercio, permitiendo su goce sin interferencias, al nuevo titular.

Parece evidente que se trata de una prohibición relativa porque está condicionada a que la utilización de su capital organizativo por el transmitente debilite la utilización del fondo de comercio adquirido impidiendo su pleno aprovechamiento. Por eso, es una obligación de no hacer, de restricción personal del organizador.

La cesión por precio de los instrumentos creados y desarrollados para la competencia impone que se clausure, si bien por un tiempo definido, el derecho de reiterar su aprovechamiento por el titular una vez que es compensado por la transmisión: “Obligación que se ha de entender que nace del normal resultado económico; que se espera de la transmisión del negocio”.<sup>82</sup>

El objeto de la prohibición de competencia no consiste en bloquear el comienzo de una nueva empresa concurrente con el contenido del fondo de comercio cedido.

El empresario puede iniciar una nueva empresa, pero, lo que se le impide es aplicar el capital organizativo que dio origen a su crédito en la antigua actividad para la nueva (clientela, capital humano, Know how, etcétera).

La prohibición significa que no puede emplear ninguno de los elementos del fondo de comercio que propiciaron su transmisión en la nueva organización que pretende, v.g. desviación de la clientela antigua que sea directa o indirectamente imputable al transmitente.

El tiempo que requerirá la nueva creación de capital organizativo es el que debe permitir la consolidación del comprador del fondo de comercio, para generar el suyo propio.<sup>83</sup>

La prohibición de competencia es la consecuencia de la transmisión del fondo de comercio, siempre que resulte de la autonomía de voluntad de las partes. La contraprestación a percibir puede comprender el compromiso del cedente consistente en la renuncia a utilizar su capital organizativo como medio de obstrucción o destrucción del capital cedido. Pero, de la propia naturaleza convencional de la cláusula deriva que las partes pueden derogarla o desaplicarla.

O sea, la transmisión del fondo de comercio no implica *sic et simpliciter* la prohibición de competencia- A la inversa, sin embargo, la cláusula identifica la concomitante cesión del fondo de comercio.

La calificación jurídica sugiere que se pueden verificar dos situaciones subjetivas. Por un lado, la entrega del fondo de comercio, sin comportamiento negativo por parte del vendedor. Por otro, el mismo negocio jurídico acompañado por un comportamiento negativo.

Los efectos jurídicos son similares: tanto si se vende cuanto si se adopta un deber de no hacer hay un común principio de evitar obstáculos al comprador en el goce de su

82. SÁNCHEZ CALERO, F., Op. cit, p 177

CHULIÁ, V., Op. cit, p 197. “...hasta el momento y en circunstancias en que la instalación de un nuevo establecimiento por el transmitente implique una competencia similar a la que haría un tercero”.

JIMENEZ SÁNCHEZ, G., Op. cit, p 76

83. URÍA, R., Op. cit, p 539: “Pesa, en definitiva, sobre el vendedor una obligación de no competencia como medio indirecto de no destruir la organización y la clientela”.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

derecho adquirido (*trouble de jouissance*). No obstante lo cual, la presencia de la interdicción de competencia acentúa el valor subjetivo del empresario cedente cuyo compromiso se requiere para impedir que siga beneficiándose de un capital cedido a un tercero.

La doctrina mercantil señala el principio de buena fe contractual (art. 1258 C.C. y 57 C de c.) como fundamento de la obligación de no hacer competencia. Ante el silencio legal, debe vincularse con la causa misma del contrato (Sánchez Calero), por lo que debe constar expresamente el deber del cumplimiento de la prohibición (V. Chulíá).

Es decir, que puede producirse una cesión de fondo de comercio con cláusula de prohibición o sin ella.

### 3.5.2. La cláusula de información

El no hacer competencia coexiste con el deber de información veraz al comprador del fondo de comercio: “informar lealmente al comprador sobre la organización interna del establecimiento y sus posibilidades de actuación en el mercado”.<sup>84</sup>

El suministro de la información es una obligación de hacer del que transmite el fondo de comercio, suponiendo su comportamiento positivo, en términos de facilitar la lista de clientes, de los proveedores, las patentes, obras de creación intelectual, los sistemas operativos e informáticos, los proyectos y programas de investigación y desarrollo, los planes y estrategias comerciales y publicitarias, los secretos industriales, en particular el Know how y la asistencia técnica, y, los aspectos de relieve del capital humano empleado.

La obligación de hacer consiste, según Jiménez Sánchez, en colocar al comprador en situación de “poder proceder a una adecuada explotación de la empresa...”.<sup>85</sup>

La obligación de información y la cláusula de no competencia apuntan, más allá, a circunscribir el objeto y la fuente del fondo de comercio como un bien inmaterial susceptible de tráfico jurídico, sin perjuicio de las relaciones dominicales, posesorias o de autoridad que se ponen de manifiesto en cada categoría de bienes dentro del conjunto.

---

84. URÍA, R., Op. cit, p 655

ROJO, A., Op. cit, p 126...” situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar dicha organización...”

85. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., Op. cit, p 76: concibe la obligación de información comprensiva tanto de la comunicación de know how cuanto de los sistemas, estructuras, relaciones de la organización comercial de la empresa.

La naturaleza contractual de la obligación de hacer facilitando toda la información oportuna del fondo de comercio supone una prestación de servicios sometida, como la cláusula de no competencia, a la voluntad de las partes.

Al amparo de los comportamientos, negativo o positivo, del titular de la organización puede advertirse que la creación y transmisión del capital inmaterial, cualquiera que sea su régimen jurídico y estatuto propietario, transita global o singularmente, por dos cauces conceptuales.

La transferibilidad de la información como datos y relaciones de hecho de carácter histórico y estático y la no transmisibilidad del conocimiento entendido como capacidad de actuar, una aptitud subjetiva intransferible.

El deber de información atiende a la conducta de la organización sobre los hechos y actos realizados, mientras que la no competencia limita la capacidad de interpretar y la conducta futura en el sentido y con el propósito llevado a cabo hasta el momento de la transmisión.

La información es transmisible como bien inmaterial, apto para el tráfico jurídico; pero, el conocimiento se articula en la persona o en el sujeto que la ha creado e interpretado, aptitud que no es posible de separar de su propio comportamiento.

El contenido de la obligación es explícito: que la información pueda circular en su plenitud, mientras el conocimiento –entendido como capacidad de actuar– queda restringido temporalmente, para dar lugar a su reemplazo o sustitución por otra persona o sujeto, que construirá su propio conocimiento a partir de la información recibida y la que sea apto de crear.

De modo que, la transmisión de goodwill es información.

### 3.6. EL BIEN JURÍDICO DE LA INFORMACIÓN

El fondo de comercio como bien jurídico complejo de información. Todo aquello que coadyuva el buen nombre, reputación y conexión al negocio puede simbolizarse en el fondo de comercio: la fuerza atractiva que distingue la organización en el mercado, un bien jurídico real, comercializable, que tiene por contenido la información, y retribuye, en cambio, el conocimiento del titular.

El acento jurídico del bien inmaterial denominado fondo de comercio reside en su idoneidad para crear valor patrimonial reconocido en el mercado.

La configuración jurídica reposa, entonces, en el reconocimiento de su valor patrimonial atendiendo el valor subyacente del conocimiento del mercado y la información acumulada en la organización.

La información es objeto de negociación y de circulación, terminando, como bien afirma Perlingieri, por representar el punto de referencia y el contenido de situaciones jurídicas.

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

El goodwill es un bien valorado por la información acumulada y la transmisión tiene por objeto, precisamente, la plena información de la organización del negocio. Es más: la transmisión de la información y la autorestricción de la capacidad de actuar del cedente, de su conocimiento.

La construcción del fondo de comercio como un bien jurídico que sirve de referencia a diversas situaciones jurídicas e intereses distintos y contrapuestos permite establecer su idoneidad para ser objeto de tráfico jurídico autónomo lícito, habida cuenta que si ello sucede es porque se le reconoce un autónomo valor patrimonial de la materialidad de la empresa: valor económico de la información que transporta y contraprestación al titular del conocimiento que le sirve de fuente.

La organización de la actividad no solo es un ejercicio de potestad de gestión sino de modo de actuación, de capacidad de hacer y obrar. Por tanto, la acumulación de información —que es una forma de conocimiento— no se agota en la propiedad industrial o intelectual, sino en los datos simples que son instrumentos necesarios de la organización y sirven para sus resultados, aún cuando no aparezcan bajo el amparo directo de la protección dominical.

El valor de la información no dominical puede ser, inclusive, superior a la propietaria. Es el caso del Know how, de los procedimientos y sistemas operativos, de las bases de datos de la clientela o el particular contacto con determinados proveedores o suministradores.

Asimismo, el capital humano es fuente continuada de información y de capacidad de actuar.

Lo que no es propiedad en la organización es posesión específica o dirección autoritativa.

La capacidad de hacer de la organización se consolida en la propiedad intelectual o industrial; pero, no lo es menos que puede construirse en la situación posesoria específica sobre bienes creados y disponibles en su ámbito que no están bajo la relación jurídica de propiedad. Y se producen situaciones jurídicas, examinadas por Perlingieri, en la que hay bienes que sin estar en goce exclusivo de su propietario, son “punto de referencia de relaciones relevantes para el derecho”.<sup>86</sup>

En primer lugar, que son susceptibles de valor patrimonial y de transmisión o entrega a otros.

Y el capital humano cuya dependencia caracteriza correlativamente la función de dirección autoritativa es fuente de información permanente, de prestación de energía

---

86. PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, Op. cit, p 464

laboral cuyo valor, singular o global, participa de la plusvalía que obtiene la organización, representada en el fondo de comercio, en manos de su titular.<sup>87</sup>

A esta altura bien puede afirmarse que el oficio de emprendedor consiste en la gestión y organización de la información de su negocio o establecimiento.

El fondo de comercio es el bien jurídico complejo que condensa la información adquirida de valor patrimonial, cuyo conocimiento, entendido como capacidad de obrar, es mérito propio del empresario. El valor de su oficio está reconocido por el crédito y reputación de que goza en el mercado. Y si quiere realizar la plusvalía que de ello resulta le será suficiente con la transmisión del fondo de comercio y su inhibición de conocimiento (cláusula de no competencia) de cara al adquirente.

Pero, conservando su pleno derecho (subjeto) de empresa puede continuar su actividad, con las restricciones de buena fe pactadas, puesto que lo que cede en esa particular operación es solo la información acumulada en el fondo, ya que de su conocimiento –capacidad de obrar- no puede ser desposeído ni privado: cede la información aún cuando preserva su capital (de conocimiento), que no se extingue.

La retribución del fondo de comercio premia el mérito del empresario por el valor patrimonial que extrae de la información acumulada: su gestión y organización de la riqueza invisible.

A la inversa, el fondo de comercio negativo es el castigo, el descrédito, a la capacidad de gestión y organización del empresario, que sustrae valor a la empresa por su ausencia, carencia, inhabilidad de aprovechamiento de la información acumulada. Y esto tanto puede suceder en el inicio –start up- cuanto durante el funcionamiento –going concern- y, en ambos casos, la desventura empresarial coincide con la destrucción de valor intangible.

Y ello no tiene que ver con la cuenta de explotación. Puede existir un resultado contable positivo y un fondo de comercio negativo y, viceversa, un resultado negativo y fondo de comercio positivo. Hay que distinguir como Perroux, entre el excedente de la empresa y la retribución de los servicios “joints de l’authorité et de la création” que no son ni morfológica ni cuantitativamente iguales.<sup>88</sup>

Precisamente, la construcción de un valor que es intrínseco a la organización.

Una empresa en pérdidas puede vanagloriarse de un fondo de comercio positivo.

---

87. HOLYOAK, P-TORREMANS, London, Op. cit, p 595. “Igualmente la ley tuvo que asumir nuevas responsabilidades para la protección de otros intangibles de importante interés comercial añadiéndolos al rango de intereses protegidos, el fondo de comercio...por ejemplo”

88. PERROUX, F., *Le profit et les progrès économiques, Revue de l’action populaire*, París, 1957...”Cada una de ellas ejerce funciones irreductibles”.

## EL CAPITAL INTELECTUAL

Así, un repentino incremento de los gastos, una pérdida imprevista, la apertura de un nuevo establecimiento, o el desarrollo de una nueva línea de productos, puede eliminar los beneficios temporalmente, pero conservando el fondo de comercio. O, al contrario, una empresa tiene un único cliente que, por contrato de exclusividad, le proporciona altos beneficios. “Existirá una ganancia elevada, pero atribuible al contrato, que no al fondo de comercio”.<sup>89</sup>

En suma, si se atiende la configuración de Schumpeter, no resultaría difícil establecer que la plusvalía, latente y realizada, conseguida a través de la acumulación de información y su aprovechamiento activo mediante el conocimiento indica una renta específica y propia del empresario, derivada del hecho innovador que protagoniza. La innovación es la fuente del fondo de comercio: y premia a su ejecutor, si prospera, con un beneficio atípico, excepcional, que no es permanente y estable, sino que está sometido a las circunstancias que le permiten su especial ventaja. Cuando la información acumulada se desvaloriza, porque no es actual, obsolescencia, competencia, queda destruida la posición particular del innovador.<sup>90</sup>

Desde esta perspectiva no es caprichoso identificar el capital intelectual de la empresa con un concepto amplio de fondo de comercio.

La ventaja competitiva en el mercado, parafraseando a Edvinsson, surge de la posesión del conocimiento, experiencia aplicada, tecnología organizativa, relaciones con la clientela y calificación profesional.<sup>91</sup>

El empresario innova en la combinación de los factores productivos y eso es su capital organizativo. La organización es el programa de la actividad que se pretende y convoca a los elementos inmateriales necesarios.

El valor de la organización se mide en su fondo de comercio. La ganancia o pérdida del fundador es un bien inmateriales que, como gran contenedor, recoge bienes intangibles sometidos a su propiedad, posesión, autoridad.

El fondo de comercio es un bien distinto de los elementos que aglutina. Y cada uno de ellos puede seguir su régimen jurídico diferente, sin perjuicio de responder unívocamente a la creación unitaria que los engloba.

Así, junto al derecho de propiedad industrial o intelectual coexiste la posesión sobre los secretos de la empresa, los frutos del trabajo dependiente, el desarrollo del logo, su explotación en franquicia, que, no es sino el arrendamiento del fondo de comercio a terceros.

89. SMITH, G.V., Op. cit, p 3.6.

90. NAPOLEONI, C., *Valore*, Cit, p 151.

91. EDVINSSON, Op. cit, p 44.

El fondo de comercio, la ganancia o pérdida del fundador, es un bien inmaterial transmisible, autónomo de la organización que le dio causa.

Es la suma de la innovación, de la ventaja competitiva en el mercado. Todo lo que no es activo material o físico, o financiero, es fondo de comercio atribuible, en las buenas y en las malas, a la capacidad de la organización y del organizador.

De modo que la mejor trasposición jurídica del concepto schumpeteriano de innovación está en el fondo de comercio, como recompensa o privación del empresario.

El fondo de comercio reúne en sí mismo la información y conocimiento de la organización. Es un bien jurídico de información, en sentido estricto.

No obstante, en términos de tráfico jurídico, conviene matizar que siempre podrá transferirse patrimonialmente la información, aunque no el conocimiento, puesto que esto queda en la empresa, en el organizador.

## **4. CONTENIDO DEL FONDO DE COMERCIO**

El fondo de comercio aparece, en la disciplina contable, como un conjunto de bienes inmateriales.

La descripción es precisa por cuanto, en efecto, el fondo de comercio es un contenedor de bienes inmateriales que, a su vez, se reúnen en torno al propio fondo de comercio como bien inmaterial único y distinto a cada uno de sus elementos.

En la enumeración, no exhaustiva, de la disciplina contable, resultan como factores integrantes:

- La clientela, nombre o razón social, localización, cuota de mercado, nivel de competencia de la empresa, capital humano, canales comerciales y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa. Por un lado, la creación del valor inmaterial en la actividad económica; y por otro, actuación del capital humano y organizado en establecimiento.

El fondo de comercio recoge el valor de los elementos identificables.

- (Marcas, patentes, signos distintivos), y no identificables, siempre que sean un valor añadido al crédito de la empresa en el mercado.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

No se puede sostener, por tanto, que solo recoge los activos intangibles identificables. Por de pronto, el nombre o razón social no era identificable hasta muy reciente, y no obstante, estaba comprendido en el fondo de comercio.

La diferencia entre activos identificables y no identificables reside en que a los primeros se les puede atribuir un valor conforme a sus perfiles individualizados. Pero, esto no solo es aplicable a la propiedad industrial e intelectual, también, lo sería para las listas de clientes, por ejemplo.

Esa laxitud del concepto dota de flexibilidad la conformación del fondo de comercio: “is just a catch all residual category, a label given to the going concern value of assets in the target company, over and above those that can be kicked or counted or weighed or valued with some precision”.<sup>92</sup>

El fondo de comercio es, en este sentido, lo que queda, una vez todo ha sido calculado y contado.

El contenido del fondo de comercio, laxo y flexible, compendia los intangibles y es el mismo un bien inmaterial, producto de la organización y del capital humano de la empresa. Y siempre que sus elementos impliquen creación de valor.

La pregunta, en cualquier caso, consiste en para quien crea valor el fondo de comercio.

O lo hace para el titular de la organización del establecimiento o para la actividad puesta en marcha.

La respuesta, a mi juicio, es clara: el fondo de comercio es un valor que crea el organizador para sí mismo y del cual, en modo reflejo, puede beneficiarse la explotación.

No se trata de un superbeneficio de la empresa, sino del empresario. La organización del establecimiento es la fuente de goodwill o badwill, de avviamento positivo o negativo. Y su titular es el directo beneficiario o perjudicado.

Y, además, el superbeneficio de la organización es histórico y actual, aunque no futuro. El mercado premia la reputación adquirida, el crédito conquistado y así lo remunera, o, también, lo castiga.

### 4.1. EL SECRETO POSESORIO

#### 4.1.1. El secreto industrial

Tradicionalmente, la tutela del ordenamiento al bien jurídico se produce mediante la atribución del derecho subjetivo, confiriendo a su titular la exclusividad

---

92. BROOKINGS, *Unseen Value*, p 15.

de disposición y uso frente a terceros. Esto lleva a cierta doctrina a desmentir que pueda presentarse un bien jurídico que carezca del atributo de exclusividad, lo cual significa, en verdad, privar a su titular de la protección de su derecho de forma directa: “se trataría de un tipo de tutela que no da lugar a un derecho subjetivo verdadero y propio y, por tanto, a un bien jurídico en sentido estricto, sino de tutela objetiva en relación a la cual se puede hablar de bien jurídico en sentido lato, como objeto de la misma.”<sup>93</sup>

Hay elementos del fondo de comercio tutelados específica e individualmente por el derecho, confiriendo plena disposición y goce a su propietario, por ejemplo, aquellos bienes inmateriales que son tutelados por la propiedad intelectual o industrial. Pero, no es éste el caso. El problema surge respecto a otros de sus elementos que no son susceptibles de la misma protección y que, sin embargo, resultan esenciales para el perfil de la empresa: estrategias y cultura, estructuras y sistemas, procedimientos y rutinas, documentos y manuales de actuación que frente a los demás, no siendo susceptibles de la plena tutela jurídica directa son bienes jurídicos inmateriales: el secreto industrial apoyado en la posesión, que no el dominio exclusivo.<sup>94</sup>

Los artículos 13 y 14 de la L. 3/91 de 10 de enero de competencia desleal tipifican los actos de competencia desleal por agresión a la organización de la empresa cuando se refiere a la divulgación sin autorización de secretos industriales o secretos empresariales, configurando dice Chuliá, la zona de protección de unos bienes inmateriales no susceptibles de protección directa mediante la concesión de derechos de exclusiva.<sup>95</sup>

En estos términos podría decirse que el ordenamiento no reconoce un verdadero y propio bien inmaterial, porque no se verifica una situación subjetiva de tutela inmediata, sino una tutela del ilícito con referencia a la competencia desleal.

El secreto industrial que no se encausa por el derecho de propiedad intelectual o industrial conforma un bien jurídico inmaterial, aunque no está vinculado al goce exclusivo por su titular. El conocimiento o el tratamiento de la información, encauzada a su aprovechamiento o utilidad en la empresa, adquiere la connotación de bien jurídico

93. PUGLIATTI, S., *Bene e Cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p 45.

94. El secreto posesorio de la información tiene reconocimiento en la doctrina. La fuente de valor es el bien información cuando su titular manifiesta una voluntad de confidencialidad y comercialización. La no apropiación de la información no es un obstáculo para su utilización. Y ese uso puede demostrar el poder de hecho posesorio. “el recurso al poder de hecho de la posesión permite en efecto designar al titular de la información y le autoriza a acceder a los mecanismos generales de protección de su bien” en PELLISSIER, A., Op. cit, p 139; el señorío de hecho servirá para determinar al titular del bien y hacerle beneficiar de una protección con respecto a ese bien.

95. CHULIÁ, F.V., *Compendio crítico de Derecho Mercantil, T. 1 Vol. 2º*, Barcelona, 1991, p 1075.

## EL CAPITAL INTELECTUAL

co de goce múltiple o plural, por la cual satisface el interés de quien dispone de ella, pero, sin que ello impida la satisfacción, eventual, de otros sujetos.

En estas hipótesis, el titular tiene instrumentos con los cuales puede asegurar, en cierta medida, la permanencia de la situación de hecho y de utilización de la información en los límites y con las modalidades establecidas por el derecho. Situaciones que no siempre coinciden necesariamente con las características de derecho subjetivo.

Por lo tanto, se trata de bienes jurídicos en cuanto pueden objetivarse en situaciones de utilidad jurídica para cualquier actividad humana, susceptibles de valoración patrimonial.

“La práctica, en especial con referencia al establecimiento mercantil, tiende siempre más a considerar en la organización ...no solo los particulares conocimientos representados por las obras de ingenio que se distinguen por su clara creatividad, sino también las formas simples de conocimiento que son instrumentales a la empresa y al logro de sus resultados económicos”.<sup>96</sup>

En coincidencia, entonces, ese material no asegurado por la propiedad, de valor patrimonial y de utilidad en la actividad de la empresa posee los atributos de bien jurídico sin que sufra menoscabo por ausencia de un perfecto derecho subjetivo de su titular; siendo suficiente que estén bajo su señorío.

El fondo de comercio de la empresa padece actos (ilícitos) de competencia desleal, así como de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP).

Dice Bajo Fernández se considera el secreto como “un claro valor de empresa, cuyo descubrimiento puede aumentar la capacidad económica de los rivales o disminuir la propia capacidad.”<sup>97</sup>

El objeto es la protección del interés económico que el secreto supone para la empresa, amparado o no por la propiedad industrial.

En verdad, como cita el autor, la protección es el mantenimiento de la capacidad competitiva de la empresa, víctima del perjuicio a su propiedad / posesión.

El interés directo objeto del perjuicio es el de la empresa, afectada en su capital organizativo, lo cual le inhibe de conservar su capacidad competitiva adquirida –se le quita algo que es suyo-.

96. PERLINGIERI, P., cit, p 465 a 467: “No se trata de considerar el derecho sobre la información como frágil cuando la ley no atribuye a su titular una protección específica, exclusiva. Cuando la información es susceptible de satisfacer intereses de mérito, jurídicamente relevantes, representa un bien también en sentido jurídico, de otra forma no hay razón alguna para protegerla”

97. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico* (Aplicado a la actividad empresarial), Madrid, 1978, p 287.

De modo que, la tutela penal objetiva no puede hacer a menos del interés subjetivo del sujeto, cuyo secreto se fija penalmente tutelado.

La doctrina penal señala como secreto empresarial lo que aquí se define como secreto posesorio de la empresa.

- Los secretos técnicos industriales (fórmulas, investigaciones de productos, manuales de procedimientos técnicos, prácticas para la puesta punto del producto)
- Los secretos comerciales (clientes, archivo de datos, publicidad)
- Los secretos de gestión (proyectos, estrategias, borradores de contratos, personal).

El secreto industrial bajo la posesión de la empresa es un bien jurídico inmaterial, tutelado por el derecho objetivo en la cabeza del que lo posee y que puede, además, entrar en el tráfico jurídico en eficacia inter partes aunque no erga omnes.

Si el titular del bien protegido es el empresario, aún cuando no goce del amparo individualizado de la propiedad industrial; parece lógico concluir que, en la vía penal, se cuenta o considera con un reconocimiento definido del derecho legítimo del sujeto pasivo, en la composición del delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa.

De una lectura congruente del texto penal resultará que la tutela de la cual deriva el bien jurídico puede calificarse no solo como tutela objetiva, sino también, subjetiva del derecho del empresario sobre su secreto, esté o no recogida en la normativa de la propiedad industrial.

En suma, no hay solo una protección indirecta del bien jurídico inmaterial frente a los actos (penales) de competencia desleal, sino el expreso reconocimiento, a los propios fines penales, de un derecho de la empresa sobre su propia actividad económica: el menoscabo de la capacidad competitiva de la empresa, por mor del descubrimiento y revelación de secretos, afecta directa e inmediatamente la posesión del valor creado o en creación.

Y esta perspectiva penal ilustra, definidamente, sobre la importancia del interés económico del bien inmaterial aún cuando no aparezca particularmente individualizado en la legislación sobre propiedad intelectual o industrial. La creación de valor, cualquiera que sea su forma y los estados de su desarrollo técnico, aparece como objeto jurídico digno de tutela porque hay un bien jurídico, cualquiera que sea su tipificación, que es necesario amparar.

El valor capital que se defiende es la capacidad competitiva de la empresa en el mercado. O sea, su razón de ser.<sup>98</sup>

98. BACIGALUPO, E., *Curso de derecho Penal Económico*, Madrid, 1998, p 281.  
MORENO Y BRAVO, E., *De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*.

## EL CAPITAL INTELECTUAL

Hay un conjunto bien perfilado de bienes inmateriales al amparo de la propiedad industrial e intelectual. Pero, no solo, asimismo comprensivo de otros bienes inmateriales que resultan del conocimiento o de la experiencia aunque no registrados, bajo la tutela del secreto de organización (Know how).

El alcance del fondo de comercio desborda su limitación basada en la clientela, para cubrir otro ámbito de derechos absolutos o relativos atinentes al capital intelectual.

La puesta a disposición temporal de un tercero del uso del capital intelectual o su transmisión definitiva denotan una fuente de valor intrínseca de la organización<sup>99</sup>

El uso o la concesión del derecho de uso de cualquier tipo de derecho de propiedad intelectual o industrial sobre obra literaria, artística o científica, incluyendo películas cinematográficas, cualquier patente, marca diseño o modelo, planos, fórmulas o procedimientos secretos o por informaciones concernientes a experiencias, industriales, comerciales o científicas (Modelo OCDE art. 12) "...comprende, en definitiva, los rendimientos de la cesión en uso de un capital inmaterial (propiedad intelectual, industrial o del Know-how)...".<sup>100</sup>

La concepción amplia de la propiedad intelectual permite incluir otros bienes que, prescindiendo de su registro o publicidad, poseen un valor en si mismos que los hace aptos para la circulación jurídica patrimonial. Por tanto, no solo la propiedad intelectual en sentido estricto, la propiedad industrial, sino, además, la información del Know-how o los contratos mixtos de franquicia.

Este conjunto de bienes inmateriales susceptibles de valoración económica que, prescindiendo si su adquisición en la empresa se verifica a título oneroso, se presentan como "formas diversas de configuración de una realidad apropiable".<sup>101</sup>

Son bienes inmateriales que componen un patrimonio intangible de la organización, de apropiación y exclusividad que en algunos casos es perfecta y en otras imperfecta, en el marco de la situación posesoria específica del establecimiento (la diferencia entre derechos de propiedad intelectual e industrial y los secretos de industria).

El conjunto de bienes inmateriales no es apto de reducción a unidad, porque sus estatutos jurídicos difieren, así como su temporalidad para el disfrute o aprovechamiento (desde la duración ilimitada en el tiempo del nombre comercial hasta la limitación en orden a su plazo de vigencia de las patentes industriales y marcas).

99. DEBATIN, WASSERMAYER, MA, "...se refiere a la disposición del capital intelectual, precisamente, Cit, en SCHAFFNER, J., *Fiscalité Internationale*, Luxembourg, 1999, p 285.

100. AEAF, *Fiscalidad Internacional. Convenios de doble imposición*, Pamplona, 1998, p 235.

101. ACOSTA ESPAÑA, R., *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*; AMORÓS RICA, N., *ITP y OS*, Madrid, 1991, p 229.

Pero, todos ellos representan el contenido del capital organizativo, del fondo de comercio de la empresa y, por tanto, son susceptibles de valor o desvalor económico, de depreciación por el paso del tiempo o progreso técnico o envilecimiento por obra de mercado. Y, asimismo, susceptibles de transmisión mediante contraprestación, en su conjunto o separadamente.<sup>102</sup>

Pero, aún más. Cualquier organización del conocimiento y la experiencia que se encarne en ejercicio de empresa, de actividad productiva, es, también, el producto de la creación espiritual o intelectual de su promotor durante su gestión aunque no la externalice.

#### 4.1.2. El Know-How

La definición internacional comúnmente aceptada entiende por Know-how el conjunto no divulgado –secreto– de informaciones técnicas, patentables o no, necesarias para la reproducción industrial, directamente y en las mismas condiciones de un producto o de un procedimiento. El Know-how es lo que un industrial no puede saber del mero examen del producto y el mero conocimiento del progreso de la técnica (Par II del comentario al art. 12 MOCDE sobre la definición de la Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle).

“En el contrato del Know-how, una de las partes se obliga a comunicar a la otra parte sus conocimientos y experiencias particulares no reveladas al público, para que las pueda utilizar por su cuenta”.

O sea, el concedente no interviene en la aplicación de las experiencias o conocimiento cedidos ni, tampoco, garantiza su resultado.

Interesa destacar que el Know-how (el secreto de organización) es un bien inmaterial separable, apreciable patrimonialmente y objeto de transmisión jurídica, temporal o definitiva. Y ello porque no puede confundirse con la asistencia técnica, dado que en este caso, no hay transferencia de información secreta, sino sabiduría convencional inseparable del objeto de la actividad que el prestador realiza.

No hay Know-how, sino “show-how”: utilización de la experiencia y los conocimientos usuales de la profesión.<sup>103</sup>

102. MORENO CERREZO, F., *El impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1981, p 86. “...Que todos estos conceptos son transmisibles, están en el tráfico jurídico”.

103. GOUTHIERE, B., *Les impôts dans les affaires internationales*, París, 2001, p 250: La asistencia técnica es una prestación activa en la que en lugar de poner alguna cosa a disposición del beneficiario, utiliza su saber hacer para suministrar la prestación, Schaffner, Cit, p 288.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

No obstante, como se verá, hay veces que el know-how puede ser la propia asistencia técnica.

La definición amplia de Know-how contrasta con aquella opinión (T.S. 2-10-1999, 27-09-1996) que aspira a una suya explicación incompleta.

El Know-how es susceptible de licencia o transmisión plena. No puede sostenerse que la transferencia de tecnología no es susceptible de cesión en base a que la posesión de un conjunto de conocimientos secretos no amparado por patente no confiere a su titular protección legal alguna frente a terceros que llegase, a su vez, a poseerlo, por los más variados procedimientos y lo utilicen en su propio beneficio.<sup>104</sup>

En verdad, que el cedente no sea titular registral del secreto no obsta para su transmisión perfecta, toda vez que sí es titular de la posesión del conocimiento o la experiencia objeto de la cesión. Por eso, lo jurídicamente importante es que el objeto del Know-how sea una información técnica no divulgada necesaria para la reproducción industrial de un producto o procedimiento. O sea, que esté bajo el señorío del que lo transfiere, aunque carezca de derecho dominical alguno sobre el bien inmaterial.

La posesión del secreto es título suficiente y bastante para su circulación en el tráfico jurídico, el cedente que se desprende definitivamente de la posesión del Know-how no puede explotarlo mientras no se divulgue al público y pierda su carácter secreto.

El hecho evidente radica en que el secreto de empresa es una posesión protegida por el derecho penal y la legislación de competencia desleal en base al valor intrínseco que supone para el que lo dispone y esa protección no se funda en patentabilidad o no del mismo, sino de su aptitud para reforzar la capacidad competitiva de la organización, obligando inclusive en caso de copia fraudulenta o vulneración desautorizada de la posesión.

El Know-how es un bien inmaterial cuyo núcleo es el secreto de los conocimientos técnicos. Es una posesión que, aunque no registrada, despliega sus plenos efectos entre las partes y a su respecto. La no patentabilidad del Know-how, dice la jurisprudencia italiana, no es relevante por cuanto “el secreto” de hecho no consiente la libre circulación correspondiente a su ámbito restringido y facilitando que adquiera valor económico. (Cassazione, 27-2-1985, 20-6-1992).

El secreto aparece como signo de identificación en la reglamentación comunitaria. El Know-how “es un conjunto de informaciones secretas sustanciales e identificadas en cualquier forma apropiada; el término secreto indica que el conjunto del Know-how considerado globalmente en la articulación precisa de sus componentes, no es generalmente conocido o fácilmente accesible, de modo que su valor consiste en parte en la

---

104. BARRACHINA, E., *Transferencia de tecnología en el I.S.*, El Fisco, 28-07-2000.

ventaja temporal que el licenciario adquiere cuando le es comunicado; tal concepto no se entiende en sentido estricto, o sea, que cualquiera de los elementos del Know-how debe ser absolutamente desconocido o no fiable fuera de la empresa licenciante. (Reglamento comunitario 30-11-1988, 556/1989/CEE, sobre la aplicación del art. 85 del tratado a los acuerdos de licencia del Know-how: 31-1-1996 n 240/96/CE sobre los acuerdos de transferencia de tecnología).

El Know-how, también se define como el “patrimonio de conocimientos prácticos no patentados derivados de experiencias de pruebas realizadas por el franquiciante, patrimonio que es secreto, sustancial y determinado (Reglamento comunitario 30-11-1988 n 4087/1988 CEE concerniente la aplicación del art. 85 a los acuerdos franchising).

El Know-how sustancial es el que comprende conocimientos útiles para el licenciario, y que le otorgan a éste una ventaja competitiva. La identificación y determinación son los caracteres que exigen la descripción comprensible del conocimiento para verificar si es confidencial y sustancial.

Es significativo, en ese sentido, la expresión “derechos de posesión industrial” con la que la Administración tributaria en Francia denomina el Know-how.

“La práctica ha demostrado al costado de los derechos de propiedad industrial (patentes, marcas,...) los derechos de “posesión industrial” que conciernen los elementos patentables o no, mantenidos secretos, tales como el saber-hacer o manera de hacer (know-how), secretos de fabricación...”.

La posesión, el señorío sobre un bien que se mantiene secreto y que puede expresarse en informes, planes, esquemas de producción, de diseño, de procedimientos, tiene el valor de la prioridad en el conocimiento que permite su ventaja competitiva para el que los posee o detenta. La posesión no es equivalente a la propiedad industrial, pero constituye a quien la ejerce en titular de “derechos inmateriales mobiliarios que se parecen por su naturaleza a las patentes propiamente dichas”.<sup>105</sup>

La situación en la organización o es propietaria o es posesoria. Y el derecho subjetivo de empresa se trasunta articulado en modo diverso el poder de disposición sobre los factores que la integran.

El Know-how es un elemento del fondo de comercio, sin perjuicio de su circulación jurídica propia, con efecto pleno inter partes.<sup>106</sup>

105. PIERRE, J.L., *Fiscalité de la recherche, de la propriété industrielle et des logiciels*, París, 2000, p 349, Cit, BOED, 1963-8865 y 1964-9115; Doc Adm. DGI 7 D-2613, 1 Sept. 1995.

106. BERCOVITZ, A., Op. cit, p 146: habla de protección defectuosa respecto a la que existe en materia de propiedad industrial o intelectual. Pero, no es eso. Hay una posesión de conocimiento que se ampara en el secreto y en el efecto jurídico de exclusividad si bien inter partes en caso de transmisión. Pero, a mi modo de ver, no hay que confundir la propiedad con la posesión.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

### 4.1.3. La Franquicia

El contrato de franquicia es una de las expresiones más claras de la explotación del fondo de comercio, del crédito en el mercado. Es un contrato en el cual el franquiciante no solo licencia el uso de la marca o alguno de sus signos distintivos, sino también facilita el Know how al franquiciado y, habitualmente, presta su asistencia técnica, financiera y suministro de bienes o servicios.

El objeto principal del contrato no es la utilización de cada elemento en singular, sino, la gestión de un fondo de comercio ajeno para formar uno propio.

La franquicia es uno de los indicios de la existencia autónoma en el ámbito jurídico del fondo de comercio y su valoración patrimonial. No es solo la marca, ni tampoco el Know how o show how. Es la globalidad de la experiencia y el conocimiento aliado con el suministro de mercancías, asistencia y consultoría que se habilita por precio a favor de un tercero.

La franquicia es la autorización por la cual el capital organizativo viene retribuido en el mercado.

Pero, esto no implica que el franquiciado sea un mero actor pasivo. De su actividad, de su organización, de su capital humano, surgirá o no un fondo de comercio propio que pondrá en evidencia su propio capital intelectual. Hay una actividad empresarial que no se disuelve en la franquicia.

La franquicia no es un contrato similar a la denominada gérance-location o gérance libre del derecho francés. Este trata de un divorcio entre la propiedad del fondo de comercio y su explotación por cuenta propia, a cambio de una contraprestación al propietario aunque el arrendatario no conserva la propiedad del fondo de comercio.<sup>107</sup>

### 4.1.4. Investigación y Desarrollo

La transformación de la idea en un producto o en un proceso o en métodos renovadores (OCDE, 1980) es el meollo de la I+D. No se trata de una elaboración ordinaria de actividad económica, sino un preciso empeño de la organización y el capital humano en torno al descubrimiento mediante un proyecto específico, concreto, dirigido a la creación de valor en la empresa.

---

107. RIPERT-ROBLOT, Op. cit, "La gerencia libre es un contrato reciente. No podría concebirse sino en base a la concepción de la propiedad de un fondo distinto de la explotación", p 304.

La inversión en investigación y desarrollo, aunque posteriormente no se traduzca en propiedad industrial reúne los elementos que la indican como bien inmaterial susceptible de valoración económica, aquilatando el capital intelectual de la empresa.

El programa I+D significa la aportación original, el descubrimiento de nuevos conocimientos o la elevación cualitativa de la experiencia para su aplicación en planes o proyectos de productos, materiales, sistemas, procesos, nuevos servicios o técnicas de ordenación de la empresa. Es un bien que integra el capital organizativo y es consecuencia del capital humano de la empresa.

Por eso, siempre que cumpla los objetivos específicos que la destacan no puede sino considerarse como un activo capital, y por tanto, amortizable.

Y, por definición, debiera considerarse como bien inmaterial del activo y no mero auxilio contable.<sup>108</sup>

Los costes de I+D se consideran, en general, como gastos del ejercicio, aplicándose a los resultados del periodo en que se verifican.

Ese criterio general, basado en el principio de prudencia valorativa, sobreestima la incertidumbre en el éxito del programa y la dificultad de evaluar los beneficios futuros, con la consecuencia que desvaloriza el bien como activo, aunque hubiera culminado en propiedad industrial.<sup>109</sup>

Sin embargo, la propia doctrina contable, en aplicación del principio de correlación de ingresos y gastos, estima que hay ciertos gastos de I+D susceptibles de activación como inmovilizado inmaterial, como bien inmaterial amortizable, si cumplen ciertas condiciones:

Los programas deben individualizarse por proyectos.

Los proyectos deben ser viables técnica y económicamente, así como rentables.

El abandono del proyecto propone que se califique como gasto corriente, cargando a resultados del periodo los costes capitalizados hasta el momento.

La inversión debe amortizarse en un plazo máximo de cinco años. Si los ingresos futuros son insuficientes para cubrir la reposición del activo inmaterial, el saldo no amortizado debe cargarse a los resultados del periodo que corresponda:

108. CHULIÁ, F.V., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2001, p 391, en contra, afirma, con base a la doctrina alemana, que no se trata de bienes patrimoniales.

109. CAÑIBANO, L., *Contabilidad*, Madrid, 1987, p 251. Informe sobre la situación de la contabilidad en España, Cit. Se propone que en lugar de gastos se denominen actividades de I-D, que, previo cumplimiento de determinados requisitos, pueden activarse, tanto en Investigación como en Desarrollo. No obstante la opinión de la Subcomisión queda sin decidir el reconocimiento de todos los gastos previos incurridos, incluidos los ocasionados antes que se cumplan los requisitos de la activación, sin que se recojan, por lo tanto, los costes anteriores en que se incurrió, p 403.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

Hasta que no se amorticen los gastos de capital en su totalidad, queda prohibida la distribución de beneficios, salvo que el importe de las reservas disponibles, sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados (art. 194 LSA).<sup>110</sup>

Estas condiciones determinan que los programas de I+D pueden constituir bienes inmateriales patrimoniales de la empresa, y no meros auxilios contables, aptos para integrar el activo para su amortización quinquenal.

El análisis coste-beneficio de los programas de investigación y desarrollo seguramente demuestra que, en cualquier caso, siempre hay un retorno invisible en la inversión, aunque sea fallida, sea en términos de organización o de capital humano. O sea, la creación de valor siempre se produce aún cuando en el aspecto concreto los ingresos futuros fueran insuficientes.

Lo que no se consigue en el programa, indica definitivamente un mayor valor en el fondo de comercio de la empresa.

El programa de I+D supone en la empresa una tensión siempre productiva en términos de valorización del conocimiento, de la experiencia, de la competencia del capital humano, en suma, de la organización en su conjunto y todo eso no ocurre si el programa no se lleva a cabo, aunque su rentabilidad última le cuestione.

La investigación, según el PGC y normas complementarias, es la indagación original y planificada que persigue descubrir nuevos conocimientos y superior comprensión en los terrenos científico y técnico.

El desarrollo es la aplicación concreta de los logros obtenidos en la investigación hasta que se inicia la producción comercial.

El I+D es un intangible difuso, un bien inmaterial de alto coste, elevada volatilidad y cuyo final no es siempre la rentabilidad empresarial, la “creativa destrucción” explicada por Schumpeter. El descubrimiento puede ser perfectamente inocuo, inútil o de nulo rendimiento, de precoz obsolescencia.

Por eso, la creación intelectual del I+D observa grados diferentes de construcción jurídica. No siempre ni en cualquier situación, el programa de I+D culmina en la plena propiedad intelectual o industrial. Puede resultar en un secreto de la organización, que supone una indagación original o un nuevo descubrimiento provisional o el interés de la organización de la reserva de su desarrollo le conduce al sigilo a fin de evitar la difusión de efectos “spillover” de terceros.

El I+D aún no patentado, conforma un bien inmaterial susceptible de creación de valor y transmisible en sus propio términos, como tal. La protección del I+D no es una mera acción indirecta derivada de la competencia desleal: es una acción de tutela de un

---

110. VALLVERDÚ, J.-CASTILLO, F.J., *De las Directivas de la CEE al Plan General de Contabilidad*, Barcelona, 1991, p 343.

bien jurídico inmaterial de la organización que “el empresario por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto” (Gómez Segade)<sup>111</sup>

No obstante, el I+D no está protegido por la propiedad plena aunque limitada de la patente y, por tanto, su utilidad y disfrute está basada en la posesión de la confidencialidad de la información de que se dispone. La información no se clasifica como un secreto de empresa “simplemente porque no se conoce fuera de la organización”.<sup>112</sup>

La ventaja tecnológica poseída por la organización es consecuencia de su inversión en I+D y, aunque no se traduzca en propiedad industrial, tiene la configuración de un bien jurídico sostenido en la información descubierta, indagada, y aplicada al desarrollo en la actividad económica con o sin resultado (bien jurídico de ejercicio).

De modo que el programa de I+D en su versión preliminar supone un bien jurídico de goce plural, si se conoce o conforma un secreto para la organización.

El coste de la innovación que proporciona una ventaja económica sobre la competencia o fortalece la posición en el mercado no puede concebirse, abstractamente, como un gasto ordinario, corriente. La búsqueda deliberada de la novedad no forma parte del objeto retórico de la empresa. Es un proyecto que se concreta en la disposición de capital humano y el soporte del capital organizativo y tiene un valor capital, que no de gasto.

Y esto significa, en aplicación del valor normal de mercado, su amortización de cara a los rendimientos futuros esperados.

Los programas de I+D, internos en la organización, promueven la ventaja competitiva, aún cuando su resultado no sea apreciable en la explotación industrial o comercial. También las investigaciones frustradas o los fracasos tienen importancia en la lucha competitiva y, a menudo, se mantienen secretos.<sup>113</sup>

Y estas indagaciones o sus aplicaciones conforman bienes inmateriales, aún cuando carecen de derecho exclusivo de propiedad industrial.

La propia reserva sobre el fracaso de un programa de I+D constituye un bien de información importante, porque impide a los competidores utilizar esa experiencia para afectar la propia posición competitiva en el mercado.

Nadie compraría una investigación frustrada; pero, muchos pagarían por saber como y por qué.

El problema consiste en que la inversión (sunk fund) ocurre igual para el programa que consigue que para el que no logra sus objetivos. Por lo que no podría discriminarse en función del resultado comercial obtenido.

111. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho Penal VII*, Madrid, 1998, p 533: “el interés económico que el secreto encierra para la empresa” (Bajo/Suarez).

112. SMITH, G., cit, p 3.9.

113. BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona,, 2001, p 351.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La uniformidad de tratamiento debe ser la regla aplicable, aunque no se encuentre lo que se buscaba. El fundamento del I+D en si mismo debe ser argumento suficiente para justificar que el gasto de capital no puede recuperarse con cargo a rendimientos futuros del proyecto, sino, de los resultados contables generales y ordinarios.

### 4.1.5. La obligación de contabilidad y el secreto (contable) posesorio

Todo empresario, sea persona física o persona jurídica, está obligado por el hecho de serlo a llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de la empresa (art. 25.1 CCom). Los profesionales no tienen la consideración de comerciantes o empresarios a los efectos del C.Com. Tampoco los agricultores, ganaderos ni los artesanos. Lo cual, en especial, “significa que no están esas personas sujetas a las normas legales sobre el estatuto de comerciante o empresario”.<sup>114</sup>

La contabilidad ordenada y adecuada se cohonesta con la obligación de llevanza del libro Diario y el de Inventarios y Cuentas Anuales, ambos legalizados.

La contabilidad –libros y documentación de soporte-, constituye un secreto del empresario, salvo en los casos en que la ley permite su conocimiento por algún tercero (art. 32.1 CCom).

La norma mercantil permite el levantamiento del secreto contable en dos supuestos:

Primero, la comunicación o reconocimiento general de la contabilidad en casos de sucesión universal, de suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades, expedientes de regulación de empleo y cuando la ley habilita a los socios o a los representantes legales de los trabajadores el examen directo de la contabilidad (art. 32.2 CCom).

Segundo, la exhibición por orden o requerimiento administrativo judicial de determinados libros y documentos concretos en los que el empresario tiene interés o responsabilidad (art. 32.3 CCom), incluyendo el control público, fiscal de las cuentas del empresario (arts. 110, 142 GGT).

La contabilidad es un elemento determinante del capital organizativo y de la propia definición de empresario. No es solo la configuración cifrada de todas las operaciones que se hacen (Ripert-Roblot); ni un sistema de información que refleja todas las vicisitudes económicas de la empresa (A. Rojo). Es mucho más. Es un sistema de registro de los movimientos de valor de la organización que está bajo el señorío de su titular, cuyo contenido no es meramente declarativo –el deber de registro- sino meritativo.

La contabilidad hace a la empresa. De modo que aquellos que están dispensados de ella, no son empresa, pese a que desarrollen actividad económica (v.g. el profesional, el

---

114. BERCOVITZ, A., Op. cit, p 173.

agricultor o artesano). Pero, en su significado estricto, la contabilidad hace a la organización, es el sistema que conecta las fuentes de valor o desvalor del capital intelectual en su conjunto.

La declaración sobre el hecho contable no es una consecuencia objetiva y neutra. La calificación, valoración, imputación de las cuantías es material discrecional de la gestión, en el marco de la disciplina mercantil y contable. Pero, ello conlleva la creación o destrucción de valor por obra de la contabilidad. Por tanto, no es compartible que la declaración contable sea siempre declaración de conocimiento o verdad sobre los hechos contables. Ello sucederá regularmente, pero, no es toda ocasión. Cuando el sujeto pueda elegir entre distintas opciones, todas ellas en principio legítimas, según oportunidad o conveniencia, será una declaración de voluntad.

La contabilidad del empresario es secreta porque, aún no siendo una regla absoluta, permite adquirir, conservar y aumentar el valor competitivo de la organización. La protección del secreto contable es una ventaja que la ley otorga al empresario por el mero hecho de serlo. Es una tutela a la declaración y justificación del valor consignado y justificado de la actividad que desarrolla.

Los acontecimientos recientes del Corporate America enseñan con prescindencia de los efectos penales o reprochables, que la contabilidad es un elemento poderoso de la organización, cuya aplicación es o puede ser discrecional, respecto a los inversores, accionistas, trabajadores, en manos del empresario o los gestores.

La creatividad contable, en todo caso, es la patología de la creación contable que no lo es, porque la técnica contable no es meramente descriptiva, sino meritativa.

La creación (o destrucción) de valor contable por obra de la organización establece una realidad patrimonial sometida a interpretación, básicamente, porque es irreductible al esquema simplificador o a la traducción aritmética de hechos que se le escapan. La contabilidad no solo mide e informa, también, crea una realidad por decisión del titular de la organización que puede o no coincidir con las circunstancias de hecho, aunque no constituyan un ilícito mercantil, penal o contable.<sup>115</sup>

La decisión sobre si un gasto es de inversión o corriente, amortizable o no, determina, mediante la contabilidad, la idea de una responsabilidad que en ningún caso, por su simple ejercicio, culmina en infracción. El secreto contable, preservando esa libertad de decisión, enfatiza en la composición parcial, comprometida, del sistema de registro contable de la información económica de la organización, difícilmente compatible con la idea de una contabilidad mecánica y previsible. No sería necesario el secreto, si la contabilidad fuese una cuestión obvia y deducible de los hechos descritos. Precisamen-

115. ROJO, A., *La Contabilidad (I)* en R. Uría-A. Menéndez, Op. cit, p 139  
CHULIÁ, F.V., *Introducción*, Op. cit, p 143 y sigts.

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

te, la garantía de la innovación del empresario, también, se refleja en el modo en que ordena y adecua sus cuentas a la organización.

Por eso, no puede compartirse la afirmación que “la declaración contable no es una declaración de voluntad puesto que por ella misma el declarante no dispone ni se obliga a nada”.<sup>116</sup>

La declaración contable exhibe la voluntad de la organización sobre el modo de registro de la información económica y según cual sea el contenido puede disponer el valor económico a favor del accionista, del inversor, del trabajador o de los gestores. No es que la contabilidad sustituya la realidad patrimonial, pero, la forma de contarla implica una asignación del valor creado (del desvalor producido), basado en la autointerpretación del hecho contable.

El ejemplo más notorio, en estos tiempos, apela a la sobrevaloración o subvaloración de los intangibles, en ambos casos, lícitamente configurados o desfigurados.

En suma, la contabilidad es un instrumento calificador a la vez del empresario y de la organización, tutelado por el secreto posesorio, que es la forma explícita del reconocimiento de su función (creadora o potencialmente creadora) de ventaja competitiva en el mercado. La única diferencia con otros elementos del secreto posesorio es que resulta inseparable de la condición de empresario. Es más permite distinguir al que lo es, del que no lo es.

La contabilidad es un sistema informativo (de valor) beligerante. A favor o en contra del Fisco; a favor o en contra de los inversores o accionistas; a favor o en contra de los trabajadores o ciudadanos.

Y no es para menos, las cuentas condicionan la estructura de poder y posesión de la organización. Pero, no solo eso: las decisiones contables pertenecen al núcleo esencial de la libertad de iniciativa. Los errores o las equivocaciones, para quienes los formulan, suponen el fracaso, siempre que destruyan valor económico de los interesados y, a la inversa, se justifican, aunque, no sigan las reglas de la ortodoxia contable.

Esto no significa que los criterios contables no se obedezcan, sino, que siempre son descifrables. Pero, el hecho contable admite, como la norma legal, situaciones de economía de opción, fraude de ley, simulación o abuso de derecho. Y el arco está abierto a los que deciden.

De prescindirse de esa libertad de decisión; apartamos la empresa de la competencia y del mercado. La patología contable no puede hacer perder de vista su función dentro de la organización. El legislador construye el secreto contable y lo refuerza con el secreto de auditoría porque entiende el significado de la determinación autónoma de las cuentas y de la documentación.

---

116. CHULIÁ, F.V., *Introducción*, p 144.

El reconocimiento de la función contable proviene, de último, de la norma tributaria. La prevalencia del hecho contable y la secundariedad de la disciplina fiscal implica asumir la organización como índice de capacidad económica, esto es, poder de disposición sobre bienes y derechos, reflejando la realidad patrimonial de los que ejercen la propiedad y posesión sobre la misma. Al límite, la divergencia entre el hecho contable y el hecho imponible del I. S. delata los fines impropios o inadecuados que atiende a la organización, en lugar de aquellos adecuados a los que debe prestar conformidad: la imagen fiel es un signo discrecional de la empresa, que solo puede corregirse por la ley tributaria, sin invadir la esfera de autonomía de su autor.

#### 4.1.6. Los intangibles (derechos) reales

Los derechos reales pueden consentir el dominio sobre las cosas, sea pleno o limitado; el derecho a los frutos de la cosa o la obtención de alguna utilidad de la cosa. Son los denominados derechos reales de propiedad, usufructo o goce, servidumbres.

Las características comunes de los derechos reales consisten en el señorío inmediato de su titular sobre la cosa y la exclusividad de su disfrute por el titular frente a todos (erga omnes).

Los derechos reales, asimismo, pueden ser limitados, otorgando a su titular facultades concretas sobre la cosa, sea de goce, como la posesión, de adquisición, como el retracto o el derecho de opción, o de garantía como la prenda o hipoteca y, también, cargas reales sobre el fondo, como los censos o pensiones, que disminuyen directamente su valor.

El haz de derechos reales relacionado con el uso, goce o disfrute de la cosa o la prohibición de ello a los demás conforma un activo intangible, distinto y diferente de su objeto físico o material.

Estos derechos facultan para su utilización, según su naturaleza, de entrada y ocupación, cultivo o construcción, perforación o vuelo, del fondo en cuestión.

El haz de derechos reales puede venderse, alquilarse, cederse mediante contratos y obligaciones.

La exclusividad o absolutividad en el uso del inmueble comprende todas aquellas acciones que no se consienten a los demás, sin autorización o permiso de su titular, incluida las prohibiciones de uso o de transmisión relativas a la cosa.

La clasificación de los intangibles reales puede agruparse en las siguientes clases:

- Edificación, incluyendo su eventual ampliación, restricciones de altura o limitación de techo edificable.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

- Licencias de construcción, urbanización, usos.
- Arrendamientos
- El uso de la edificación, su carácter de vivienda o local comercial, las restricciones urbanísticas y medioambientales, la existencia de sistemas de actuación urbanísticas y sus efectos en la propiedad.

Los intangibles reales tienen un valor propio, intrínseco, diferenciado del inmueble sobre el que recaen, que deriva de la extensión del derecho real, su calificación, su temporalidad.

El intangible real es objeto de tráfico jurídico patrimonial en si mismo, con separación de la finca, fundo o inmueble que lo posibilita.

El intangible real, aunque sea expresivo del derecho pleno de propiedad, integra el fondo de comercio. El concepto emplazamiento empleado por la disciplina contable, enumerando los elementos del goodwill señala, precisamente, el valor (jurídico) de los derechos reales que suponen un bien jurídico inmaterial añadido a la inmovilización material. El emplazamiento no se refiere estrictamente al paisaje o escenario del local de negocio o establecimiento, su topografía o atractivo comercial; sino, antes bien, a la aportación que los intangibles reales significan a partir de la localización física o material del inmueble, fundo o finca.

El emplazamiento en su consideración de bien jurídico inmaterial, como fuente de intangibles reales, que pueden negociarse separadamente.<sup>117</sup>

### 4.1.6.1. *El derecho de superficie*

El derecho de superficie es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. La doctrina civil enfatiza que la especialidad del derecho de superficie se sustenta en la separación entre el dominio de lo construido y el suelo en el que se efectúa. El primero corresponde al titular de la superficie y el segundo al concedente de la misma.<sup>118</sup>

La constitución del derecho de superficie contempla la retribución al concedente del suelo, que puede ser inmediata en forma de canon o a la extinción del contrato por reversión de lo edificado y la correlativa adquisición del derecho al uso del terreno por el superficiario con la obligación de construir.<sup>119</sup>

---

117. REILLY, R.-SCHWEIHS, R., *Valuing intangibles assets*, cit, p 412, distinguen entre intangibles reales e influencias intangibles (la vista, la localización física, los accesos, la atracción comercial), señalando que éstas últimas no son intangibles reales puesto que no pueden transferirse con prescindencia de la cosa.

118. DIEZ PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Instituciones*, cit, p 333.

119. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos* Cit, Derechos Reales III, Madrid, 2001, p 186.

El derecho de superficie puede articularse en forma variada. Uno de los supuestos puede consistir en la construcción de un inmueble cuya propiedad recaer sobre el titular del dominio del suelo, recibiendo el superficiario como contraprestación el derecho al uso del mismo.

El importe destinado a la construcción es un inmovilizado inmaterial que debe constar en la contabilidad del superficiario. La partida es “derechos sobre activos cedidos en uso” y la amortización del intangible (real) deberá producirse de acuerdo con su depreciación durante el periodo de vigencia del derecho de superficie (ICAC, junio 1999).

El propietario puede constituir el derecho de superficie por un tiempo determinado y a un precio pactado por la disposición de uso del terreno. Puede suceder que, at arm's length, dicho precio fuera significativamente superior al que resulta de terrenos similares por operaciones análogas. Si ello ocurre, el objeto del contrato sería la transmisión de un valor inmaterial asociado al terreno: el valor (superior) inmaterial transmitido, susceptible de valoración económica, “podría identificarse con un derecho de construcción con características especiales a favor del superficiario, en cuyo caso debería tratarse como una venta de dicho derecho en el ejercicio que se llevase a cabo la transmisión” (ICAC diciembre 1999).

En consecuencia, el propietario del suelo debería registrar por separado en el activo el valor del terreno en sí y el valor (superior) inmaterial transmitido.

El derecho real de superficie es un intangible que afecta a ambos contratantes a lo largo de su vigencia. Precisamente es un intangible real cuya fuente es jurídica-conventional y que tiene un valor en sí mismo que deriva de la constitución del derecho de superficie. Es un elemento patrimonial que no depende para su circulación jurídica de la propiedad del suelo, sino del derecho a su uso durante un periodo de tiempo determinado, por lo que puede ser, a su turno, objeto de transmisión separada y autónoma, si no hubiese pacto en contrario.

#### *4.1.6.2. El derecho de usufructo*

El derecho de usufructo (Cc. art. 467) establece el pleno disfrute a una persona sobre una cosa, mueble o inmueble, o derecho, que no sea personalísimo e intransmisible. El desglose entre dominio y fruto es una de las características del usufructo, otorgando a su titular una situación de señorío sobre bienes ajenos limitativos del dominio propietario.

El usufructo es un activo intangible, susceptible de transmisión jurídica del disfrute sobre bienes ajenos, amortizable en la medida que se hubiera convenido por plazo determinado y mediante contraprestación. Al respecto, la fecha cierta de extinción predica una amortización por cuotas anuales durante el periodo de vigencia.

## 4.2. EL SECRETO PROPIETARIO

### 4.2.1. La Patente y los modelos de utilidad

Las patentes otorgan al titular registral un derecho de propiedad exclusivo sobre la invención, sobre el bien inmaterial que compendia “una solución original de un problema técnico, susceptible de aplicación práctica en el sector de los bienes y servicios”.<sup>120</sup>

Una novedad no obvia en relación al estado de la técnica (inventive step) de aplicación industrial. La patente otorga un derecho de propiedad para la utilización, fabricación y explotación de su invento en condiciones monopólicas durante un período máximo de veinte años.

La patente protege de forma intensa y perfecta el derecho del inventor registral sobre el bien inmaterial de su creación intelectual y técnica.

El valor de la patente puede servir para acentuar el “negative right” que le acompaña de excluir a terceros de fabricar, usar, o vender la invención o, asimismo, como derecho positivo para fuentes de rendimientos derivados de la producción de bienes y servicios protegidos; la licencia de uso, a cambio de un canon o regalía y por un período de tiempo, de la explotación de la patente o, indirectamente, para la constitución de sociedades conjuntas con otras empresas dedicadas a la utilización de la patente.

La innovación tutelada por la patente bajo monopolio legal de realización implica un bien inmaterial que acrece el capital organizativo de la empresa.

Puede suceder que no coincida el inventor con el titular registral de la invención. En particular, las invenciones realizadas por el trabajador merced a conocimientos adquiridos en la empresa o utilizando medios proporcionados por ésta. El empresario tiene derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse la utilización, previa compensación económica justa al trabajador inventor. La compensación al trabajador es consecuencia de que su invención no integra las condiciones laborales ordinarias de su contrato ni resulta esperable el resultado obtenido.

Pertenece al trabajador la invención libre obtenida, independientemente, de su experiencia y profesionalidad en la empresa. Los derechos de propiedad corresponden al trabajador que puede solicitar la patente.

La interrelación entre organización y capital humano aparece evidente en los casos de invenciones del trabajador en o hacia la empresa.

La patente se extingue por transcurso del plazo legal de concesión en veinte años a partir de la solicitud.

120. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 196.

Los modelos de utilidad, las invenciones menores, son innovaciones formales de objetos que introducen ventajas prácticas en su utilización. La protección legal concedida es análoga a la patente de invención, pero su derecho de exclusividad caduca a los diez años de la solicitud.

Los modelos industriales y los dibujos industriales se caracterizan por “aportar forma o apariencia externa diferenciada y nueva a un producto sobradamente conocido”<sup>121</sup>

El periodo de vigencia de la protección legal es de diez años renovables por otros diez años.

El valor de la propiedad industrial es por los costes de obtención del derecho al uso o a la concesión del uso siempre que deban inventariarse por la empresa adquirente.

### 4.3. SIGNOS DISTINTIVOS DE LA EMPRESA

El nombre comercial, el rótulo del establecimiento y la marca son signos distintivos de la empresa.

El rótulo de establecimiento individualiza y distingue el establecimiento y el local respecto a otros destinados a actividades idénticas o similares.

El rótulo de establecimiento, puede ser objeto de transmisión, con independencia de la circulación global del establecimiento y organización, porque toma como referencia elementos materiales o físicos –el local comercial la sede física- que atienen al crédito o reputación de la organización en el mercado, pero, limitadamente y en el marco de su función propagandística.

La marca es el signo distintivo en el mercado de productos o servicios. El registro confiere a su titular el derecho exclusivo para utilizar la marca en el mercado como modo de identificación de sus productos o servicios, diferenciándolos de otros similares o análogos.

La marca puede ser transferida singularmente del resto del establecimiento sea en forma definitiva o mediante la concesión de licencia temporal de utilización.

Los signos distintivos, en particular la marca, pueden calificarse como bienes inmateriales, pero, aceptando que el grado de propiedad es diverso según se trate del signo en cuestión. Pero, la propiedad industrial es un intangible de la organización, justamente, por la exclusividad de su derecho a favor del titular siendo un activo monetizable por su capacidad de atracción de clientela. La propaganda, publicidad, operaciones de marketing de los signos distintivos añaden valor a dicho capital incluyéndolos en el más amplio valor de “brand” que nutre el fondo de comercio de la empresa.

121. ILLESCAS, R., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Op. cit, p 135.

#### 4.3.1. El nombre o la razón social es elemento del fondo de comercio

El nombre o la razón social es elemento del fondo de comercio, y puede ser transmitido aisladamente a partir de la nueva L.M. (art. 88), y aunque antes también podía defenderse, no era esta la doctrina dominante: “la conexión de la transmisión del nombre comercial con el establecimiento tiende a garantizar una continuidad en la actividad del que la ejerce identificado por el nombre y en la organización que de ésta actividad es instrumento y esto pretende la función de tutela de los consumidores...”.<sup>122</sup>

El ordenamiento jurídico positivo no rechazaba absolutamente que el nombre comercial pudiera ser objeto de tráfico jurídico, en su individualidad, desligada de la transmisión de la empresa.

El nombre comercial puede ser ofrecido como garantía mobiliaria sin desplazamiento posesorio para el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. (LHM, art. 16). El nombre comercial puede ser objeto de hipoteca (arts. 21 y 22 LHM). Esto lleva a Sánchez Calero a afirmar que se admite la transmisibilidad del nombre si bien cuando esté registrado: “el nombre adquiere un valor económico y el ordenamiento jurídico le protege, de forma que puede enajenarse”.<sup>123</sup>

El nombre comercial es un bien inmaterial que crea valor e integra el fondo de comercio. La interpretación de la vigente Ley de Marcas acepta que, en efecto, el nombre comercial puede transmitirse de forma aislada del fondo de comercio, de la organización del establecimiento, sin que ello suponga que la transmisión está inexorablemente condicionada por la venta del negocio o de la empresa.

El nombre comercial forma parte del conjunto de bienes inmateriales de la organización, susceptibles de tráfico jurídico, pleno o limitado, según haya propiedad o mera posesión; total o parcial, conforme se trate de una cesión global o de parte del fondo de comercio, de la organización del negocio.

La prohibición legal anterior apuntaba a la transmisión singular del nombre comercial desconectada de la cesión global o total del fondo de comercio: podía enajenarse el fondo de comercio, incluido el nombre comercial; pero, no podría hacerse si esto no se produce.

Esto era una justificación en la medida que se admita la autonomía del fondo de comercio en el tráfico jurídico, como bien mueble inmaterial, del establecimiento o negocio desde el cual se despliega justificación ahora innecesaria por virtud de la L.M. (art. 88).

122. ASCARELLI, T., Op. cit, 409.  
CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 165.  
CHULIÁ, V., *Introducción*, Op. cit, p 681.  
123. SÁNCHEZ CALERO, F., Op. cit, p 165.

### 4.3.2. Brand

La marca o el nombre comercial no agotan ni comprenden un concepto que, como el brand, integra actividades de marketing, promoción y publicidad. La marca o el nombre comercial más todos estos elementos compone el brand que, no necesariamente son conceptos intercambiables.

El valor del brand puede ser sustancialmente diferente de la marca o el nombre comercial.

“Nosotros pensamos que hay que conceptualizar el logo (brand) como un agregado de activos el cual incluye, pero no está limitado, a la marca.

Un logo (brand) también comprende un producto en particular o más de uno, quizá una fórmula, una estrategia de marketing, un programa publicitario y/o actividades promocionales”.<sup>124</sup>

De modo que puede inferirse la creación de valor propio de la marca o del nombre comercial y, complementariamente, el de su valor como logo (brand), lo cual significa establecer la integración de la actividad de marketing de la organización en la promoción y publicidad de los signos distintivos.

El valor de los signos distintivos y el valor de los signos una vez que son objeto de promoción en el mercado. O sea, el valor comercial del signo distintivo en la cadena de creación de valor capital.

El intangible no es el signo distintivo, sino el valor que desprende sobre el mercado.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica puede afirmarse que el logo no es diferente a la marca o nombre comercial. Es una proyección comercial de los signos distintivos.

Pero, esto supone que exista como valor único: esto es, el logo resulta del valor de la marca más la actividad de promoción comercial de la organización.

El desdoblamiento del valor permite determinar el propio del bien intangible; del extrínseco que resulta de la actividad organizativa para su promoción. Y esto puede ser relevante, porque en la línea advertida por Cañibano, la actividad de soporte del bien intangible también es actividad intangible, ya que “aumenta el valor de los recursos ya existentes”.

La OCDE, en igual sentido, define como intangibles de marketing aquellos que ayudan o asisten a la explotación comercial de un producto o servicio, tales como la

124. MARTIN, D., *Romancing the brand. The power of advertising and how to use it.* American Management Association. N. York, 1999.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

marca o el nombre comercial, así como, los nombres únicos, símbolos o figuras que tienen “un importante valor promocional para el producto que conciernen”.<sup>125</sup>

El intangible, en sentido estricto, asociado con la actividad comercial.

La relevancia de la actividad comercial intangible radica, básica pero, no exclusivamente, en la configuración fiscal como gasto ordinario deducible durante el periodo impositivo en que se realiza la actividad o su consideración como gasto amortizable si está calificado como inversión. En otros términos, si esto es gasto ordinario o gasto de capital.

En verdad, la noción de actividad intangible, aunque aplicada a la promoción del bien intangible en el mercado no resulta fácil de distinguir de la actividad que es propia de la organización.

El valor del capital organizativo –del goodwill o fondo de comercio- aumentará como consecuencia del empeño puesto en la promoción de los bienes intangibles, pero, sin que ello permita desdoblarse el valor del bien que es único y que se vera beneficiado por la actividad comercial.

La actuación de marketing, promoción, publicidad puede aumentar el valor de la marca o nombre comercial, convirtiéndola en logo, pero como efecto de la organización. Ese mayor valor no corresponde sino al capital organizativo, que no al propio bien inmaterial en singular. Es un instrumento para fortalecer el fondo de comercio de la empresa, antes que otro valor separado de determinados intangibles.

El “marketing intangible” propone una orientación procliente de organización, basada en su propio valor añadido creativo para adquirir, conservar o ampliar el mercado de sus productos o servicios. Pero, difícilmente podría concebirse la creación intelectual de un bien inmaterial despegado de aquel a cuyo servicio de promoción está dirigido, antes que actividades intangibles, dependientes de su individualización y desarrollo y vicarias de sus características.

Lo que si resulta plausible es integrar la actividad intangible como parte del valor del capital organizativo, representado en el fondo de comercio o goodwill de la empresa. Básicamente, porque significan un añadido de valor determinante del crédito o reputación de la empresa en el mercado.

Por lo tanto, la actividad intangible nutre el inmovilizado inmaterial de la organización y, en alguna de sus partes, o en determinada proporción, contarían al momento de la amortización del gasto realizado.

---

125. OCDE, *Transfer pricing. Guidelines for multinational enterprises an tax administrations*. Marzo 1996.6.4.

## 4.4. LA CREACIÓN INTELECTUAL

### 4.4.1. Programas Informáticos

El programa de ordenador es toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado cualquiera que fuese su forma de expresión o fijación (LPI art. 96).

Ello incluye, además, la documentación preparatoria, documentación técnica y manuales de uso.

El programa está protegido por la propiedad intelectual en cuanto sea verdaderamente original y conforme una creación intelectual de su autor.

El ámbito de tutela cubre tanto el programa fuente representado por símbolos, diseños y organigramas y el programa objeto que es la traducción a tablas numéricas y a elementos electromagnéticos que operan sobre el ordenador (cintas, discos, memoria) <sup>126</sup>

No obstante, la tutela se verifica siempre que exista “más de un modo de expresar la idea”, porque si así no fuera, no sería original y carecería de la pretensión para ser protegido. <sup>127</sup>

La creación de programa de ordenador por el trabajador asalariado puede producirse en el ejercicio de sus funciones, para la cual ha sido contratado, en cuyo caso los derechos de explotación son de titularidad del empresario, salvo pacto en contrario (LPI 97.4).

La creación del programa por el trabajador no puede asignarse al empresario, en cambio, cuando es consecuencia de su propia intencionalidad, al margen de su contrato laboral o de la actividad que realiza en la organización: “ el objeto del contrato deberá estar, directa o indirectamente, relacionado con la creación de programas informáticos. <sup>128</sup>

No obstante, hay una zona de sombra en cuanto el trabajador consiga su creación intelectual aprovechando los medios materiales e información de la organización, por cuanto, de la interconexión entre su producto y el capital organizativo pueden originarse supuestos de obtención compartida de la innovación, que, deben gozar de algún tipo de reconocimiento legal, siempre que exista o se verifique una actividad de dirección

126. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica, Disciplina de la competencia desleal*, Madrid 1993, p 628.

127. HOLYOAK-TORREMANS, *Intellectual Property law*, Londres, 2002, p 529: “Lo que nos lleva a la conclusión que si hay partes del programa informático que pueden expresarse en una sola manera si se consigue un cierto resultado debido a restricciones técnicas no es original y no atrae el copyright”.

128. VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo*. Madrid, 2001, p 290.

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

(autoridad) del empresario, o sea, cuando el trabajador sigue las instrucciones de su empresario.<sup>129</sup>

Es una solución que, de forma análoga, preside la creación de base de datos. La protección del autor original del banco de datos no excluye el correlativo del que ha realizado una sustancial inversión en la obtención, tratamiento y presentación de su contenido.

La base de datos es un bien inmaterial protegido, partiendo de su originalidad, pero, no lo es menos del derecho vecino del inversor que lo financia, en el que no concurre estrictamente la condición de autor, pero sin cuya aportación no sería factible (derechos afines) (arts. 95-104 LPI).

El derecho a uso de los programas de ordenador puede dar lugar a distintas situaciones jurídicas.

Primero, la adquisición de la propiedad del programa informático y, por tanto, el pleno derecho a la percepción de los derechos de autor.

Segundo, la adquisición del derecho a uso para su explotación mercantil, efectuándose el pago por el derecho de utilización de los derechos de autor sobre el programa.

Tercero, licenciar el derecho de uso del programa para las necesidades de la propia organización, sea por copia en disco duro o a fines de archivo o haciendo copias para su empleo dentro de la organización (licencias de sitio).

Cuarto, la adquisición del código fuente del programa mediante contrato de Know how, asimilable al uso o derecho de uso del secreto derivado de la experiencia o conocimiento, aún cuando registrado al amparo de la propiedad intelectual por el cedente.

La participación proporcional a los ingresos de explotación es el modo general de retribución al autor, en la cuantía acordada. Asimismo, puede pactarse una remuneración a tanto alzado por el derecho de uso del programa.

En la cuenta 215 del PGC se registra el importe satisfecho por la adquisición de la propiedad o del derecho al uso del programa informático, incluido los elaborados por la propia empresa, cuando esté prevista su utilización en varios ejercicios.

La Resolución de 21 de enero de 1992 del ICAC desarrolla el tratamiento contable de las aplicaciones informáticas (séptima).

---

129. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Valencia 1996, p 171, sostiene, que la apropiación por parte del empresario podría ir en contra del principio in dubio pro operario., porque supone una interpretación extensiva del art. 97.4 LPI.

#### 4.4.2. Aplicaciones Informáticas

Los programas informáticos plurianuales, inclusive elaborados por la propia empresa, pueden integrarse en su activo. En ningún caso pueden activarse los gastos de mantenimiento de la aplicación informática.

La disciplina contable exige que las aplicaciones informáticas estén individualizadas y sus costes claramente definidos.

Las amortizaciones se harán a la mayor brevedad posible y dentro del plazo de 5 años desde su activación.

El saldo no amortizado debe cargarse de inmediato a los resultados del periodo que corresponda cuando se ponga de manifiesto la no utilización de los programas informáticos incluidos en el activo.

El programa informático puede significar un progreso científico o tecnológico, mediante el desarrollo de nuevos teoremas, algoritmos o la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos, en cuyo caso su disciplina es similar a la de los programas de investigación y desarrollo.

Asimismo, podría activarse el programa informático que supone la mejora ordinaria de la calidad de productos o procesos, la adaptación de un producto o proceso de producción ya existente, los cambios periódicos, en cuyo caso no podrían calificarse de investigación y desarrollo, pero, podría inmovilizarse por su carácter específico creado por la organización destinado a servir de modo duradero a la actividad emprendida.

## 5. LA MEDIDA DEL FONDO DE COMERCIO

El intangible es un bien jurídico inmaterial, aplicado a la actividad económica, con la expectativa de generar beneficios productivos futuros, bajo el dominio o la posesión de una persona física o jurídica o su autoridad y dirección, que resulta de la autorealización o de la adquisición onerosa y que es idóneo para el tráfico jurídico, en conjunto o separadamente.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La matriz de inmaterialidad o desmaterialización del bien es el fondo de comercio, en sentido amplio. En una primera aproximación, el contenedor de inmaterialidad productiva identifica el fruto del conocimiento del titular de la organización del establecimiento. En el precipitado de información acumulada, que es su resultado, pueden o sirven a la creación de valor no físico ni material a la empresa.

La categoría jurídica del fondo de comercio, elevada a regla de bien inmaterial, comprende otros bienes de la misma naturaleza que pueden distinguirse por la naturaleza del derecho o potestad del titular de la organización.

Los bienes inmateriales pueden ser atributos de derechos de propiedad indefinidos o no, vinculados a la propiedad industrial e intelectual. Asimismo, pueden ser cualidad de la posesión específica sobre los que se ejerce el privilegio del organizador, tales como, los secretos industriales, el know-how, las relaciones de hecho con la clientela. Y, por último, el trabajador en relación de dependencia.

El fondo de comercio expresa un bien jurídico unitario que tutela el interés del derecho (subjetivo) de empresa en la organización del establecimiento o negocio derivado de su particular esfuerzo o dedicación.

La identificación del interés o utilidad del empresario en la construcción del fondo de comercio hace manifiesta la unidad objetiva del conjunto de bienes inmateriales que lo conforman, desarrollan, y lo efectiviza.

Hay una única situación subjetiva, la del empresario, como medio e instrumento directo de la protección de su interés (de su conocimiento).

La individualización de un específico interés o utilidad amparado por el ordenamiento en orden al oficio de emprendedor requiere una disciplina jurídica unitaria, donde el final no sea la suma de las partes o elementos componentes, sino un añadido, un acento demostrativo de la existencia de un bien jurídico inmaterial comprensivo y superador de la singularidad de cada uno de los factores y suma de otros que no aparecen concretamente señalados. Por ejemplo, como se hace notar, un logo es un bien compuesto por propiedad intelectual, la marca, el diseño, así como la inversión en promoción comercial y publicidad y la investigación y desarrollo.<sup>130</sup>

Por eso, no puede concebirse que el fondo de comercio tiene existencia jurídica solo en ocasión de su transmisión onerosa a un tercero. en verdad, el fondo de comercio pre-existe, aunque no se admita su contabilización. Y ello porque es el fruto (positivo o negativo) de la actuación del organizador y, consecuentemente, hay una autorealización del fondo de comercio que está, aunque latente, poniéndose en evidencia cuando se produce la transmisión onerosa. Pero, en cualquier caso, apto para ser objeto de valoración patrimonial.

---

130. EUSTACE, C., Op. cit, p. 31.

El fondo de comercio es la representación del conocimiento de la organización, que se concreta en la información acumulada de valor patrimonial.

La organización del conocimiento es la fuente de la capacidad económica del titular del derecho (subjetivo) de empresa, y cuyo fruto es la ganancia o pérdida de capital (inmaterial) resultante.

Por eso conviene apuntar que la autorealización del fondo de comercio señala, coincidente con el ejercicio económico de la actividad, el enriquecimiento o empobrecimiento del empresario en términos de organización del conocimiento inmaterial, que, la transmisión onerosa solo pone en evidencia: hay una plusvalía o minusvalía tácita, de periodicidad anual, que aflora en el momento en que se realiza mediante una transmisión onerosa. Pero, que es sustantivo y tiene un valor propio, autónomo y separado del excedente contable de la actividad.

El legislador solo recoge la ganancia o pérdida de capital ligada al fondo de comercio en el momento de su realización, pero, sin desmentir su preexistencia tácita o latente, porque sería incongruente empezar negando una fuente de riqueza (o pobreza) que finalmente reconoce.

Pero esto no conduce a excluir de la reconstrucción de la figura del titular de la organización del establecimiento una suya capacidad económica específica comparable al rendimiento irregular del salario, dividendo, interés, alquiler, que corresponde al empresario por el mero ejercicio de su oficio.

## 5.1. EL VALOR DE MERCADO

El ámbito del fondo de comercio o, si se prefiere el de los intangibles creados o adquiridos, es borroso, puesto que su valor patrimonial queda en cuestión, si le son aplicables las reglas de los bienes físicos o materiales.

Una cosa en la estimación y cuantificación del coste de un activo material y otra la identificación y medición de un activo inmaterial.

La contabilidad de costes del activo material brinda un indicador fiable sobre, más o menos, su valor patrimonial. “el coste de producción de conocimiento guarda menos relación con su valor o precio que el coste de producción de una tonelada de acero”<sup>131</sup>. Pero, no es el caso de los bienes inmateriales, cuyo valor no depende sino de sí mismos, sin que sea necesario circundarla de activos materiales para extraer beneficios productivos. El componente de coste del bien inmaterial está fundado, preferentemente, en la

131. STEWART, T.A., Op. cit, p 59.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

información acumulada y el conocimiento de aplicación que en el coste de las primeras materias o existencias.

Los criterios internacionales para la definición de activos están orientados hacia los activos materiales, financieros o, inmateriales adquiridos a título oneroso: activos que pueden identificarse separadamente, sobre los que la empresa ejerce el control pudiendo predecir futuros beneficios y aplicar la pérdida de valor.

La definición y medida del bien inmaterial escapa o no se deja encerrar en la categoría contable del coste histórico y de la transmisión onerosa como medio de apreciación.

“En el caso de intangibles no hay, a menudo, transmisión, por lo que la contabilidad no sirve para estimar las empresas que poseen una porción significativa de su valor asociado con innovaciones o con las competencias innovadoras de su personal”.<sup>132</sup>

Puede, entonces, enfatizarse que la medida del bien inmaterial no debe apoyarse, conceptualmente, en el coste histórico, porque no refleja la determinada importancia cuantitativa del mismo.

Hay un valor que debe enjugar, al menos, cuatro componentes:

Primero, el momento del conocimiento o la capacidad de actuar histórica del organizador. Hay una parte, ya se dijo, que no depende sino de la propia aptitud emprendedora.

Segundo, hay un justiprecio latente, dentro de la actividad, que debe expresarse sin que sea necesario la transmisión onerosa del bien para su cuantificación.

Tercero, hay un elemento de aleatoriedad, de azar de excepcionalidad que alza o baja, origina o extingue el bien inmaterial.

Cuarto, hay un valor capital apto para generar frutos de su aplicación productiva que debe ser válidamente corregido en términos de amortización o depreciación efectiva, ajustándolo conforme a su evolución –probablemente- anual.

### 5.1.1. Gastos Ordinarios o Activos

El capital inmaterial tiene dificultad para su pleno reconocimiento contable, financiero, empresarial.

---

132. STEWART, T.A., Op. cit, p 102: “En el mundo de la contabilidad hay activos materiales y precios basados en las transmisiones. En el mundo del capital intelectual hay dos fuentes de valor: innovaciones y activos empresariales complementarios, y, usualmente, sin que se produzcan transmisiones para determinar el valor de los activos inmateriales” p 109.

El gasto intangible recibe, normalmente, el tratamiento de gasto ordinario, del periodo en el que se realiza y, al mismo tiempo, se restringe su amplia consideración como gasto de capital recuperable a lo largo de varios años mediante la amortización o depreciación efectiva.

La discusión, general, consiste en establecer si el gasto inmaterial debe interpretarse como uno ordinario, corriente, necesario para la obtención de los rendimientos del periodo o si es un gasto capitalizable, porque supone añadir activo a la empresa.

La diferencia tiene relevancia jurídica.

El gasto ordinario es deducible del excedente íntegro del periodo, mientras que la deducibilidad del gasto de capital debe prolongarse durante el periodo de tiempo relativo a la vida útil o probable utilidad del bien. Es un gasto dirigido a crear un activo separado y distinto de los existentes de supervivencia plurianual.

Desde el punto de vista de la contabilidad se trata de fijar si la autorealización o adquisición de bienes inmateriales es un activo a reflejar en el balance o un gasto ordinario en el periodo en que se incurre, figurando en la cuenta de pérdidas y ganancias.

La restringida visión de las reglas contables sobre el carácter del bien inmaterial como capital se apoya en razones que, aunque legítimas en apariencia, desconocen la profundidad y alcance de su valor efectivo en la empresa.

Las críticas acusan al intangible de incierto, lo cual dificulta una medición fiable; no exclusivo, porque puede no estar amparado por claros property rights, aquellos que aquí constan como objeto de posesión o de autoridad, como el capital humano y, por último, de inseparabilidad para su tráfico jurídico autónomo.<sup>133</sup>

### 5.1.2. La autorealización y la adquisición

La regla contable describe la adquisición de inmovilizado inmaterial –fondo de comercio o propiedad industrial e intelectual- como activo amortizable.

Pero, en consonancia, rechaza idéntico tratamiento para la autorealización interna de bien inmaterial, que recibe la calificación de gasto ordinario, del periodo en que se verifica.

La organización que invierte en el desarrollo de intangibles realiza un gasto ordinario, mientras que si lo adquiere culmina una operación de capital.

---

133. *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar la reforma ICAC*, Madrid, 2002, donde se enfatiza que “...se considera conveniente que se revisara el tratamiento contable actual de los activos intangibles, entendiéndose que se deberían reducir las restricciones establecidas para su activación”, p.165.

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La configuración interna del bien inmaterial conforma un gasto que disminuye el beneficio o resultado contable del ejercicio y, en su caso, un excedente mayor en años subsiguientes. Si esto tuviera el modo de presentarse como activo, at arm's length, cual si hubiera sido derivado de una transacción, aparecería en el balance, computando las amortizaciones contra los futuros beneficios en años venideros.

Paradójicamente, la inversión en bien inmaterial que no es consecuencia de la adquisición, sino de su autorealización a través de proyectos de investigación y desarrollo, fondo de comercio, brand, listas de clientes, know how, formación del trabajador; no viene normalmente aceptada como capital de organización.

Es un coste de la actividad, pero, no crea ni promueve valor en si misma.

El coste desplaza el valor del bien inmaterial en la actividad productiva (como value driver generador de futuros beneficios) limitando la innovación. Y, además, incentivando, tanto en capital organizativo como humano, la reducción de costes que no es otra cosa que pérdida de activos creadores de valor añadido, a veces, irrecuperable.<sup>134</sup>

La desinformación del proceso interno de autorealización de bienes inmateriales –gastos y no activos- altera la dimensión del valor del capital organizativo y humano del negocio. Ello conduce, como bien afirma Lev, a una asimetría en la información, que implica un excesivo coste del capital, una baja compensación al capital humano y, al límite, la transmisión de toda la empresa provocada por su bajo valor de mercado.<sup>135</sup>

Y la conclusión es clara: la descalificación de la autorealización como activo, como capital, alimenta la información asimétrica de la organización, propiciando su desvalor en el mercado.

El problema no atiende solo al bien inmaterial producido en la organización bajo su posesión y dirección o autoridad; sino también, la adquisición de alguno de ellos en el mercado, como por ejemplo, proyectos I+D en curso, que no figuran como activos en el balance, obstaculizando la información sobre el valor de la organización y la verdadera entidad de los resultados contables declarados.

Lev sostiene que el desarrollo interno del bien inmaterial, una vez superado su etapa de factibilidad, mediante la prueba adecuada, debe capitalizarse como activo y ser objeto de amortización, incorporando los importes previos a la viabilidad aplicados como gasto.<sup>136</sup>

El valor predicable de la organización y el capital humano no puede restringirse a la regla contable. Todo bien inmaterial susceptible de estimación patrimonial y apto para

---

134. MAYO, A., *The human value of the enterprise*, London, 2001, p 20: "Los costes deberían ser –pero no siempre lo son- un input al proceso de desarrollo de un output llamado valor".

135. LEV, B., Op. cit, p 95.

136. LEV, B., Op. cit, p 125... "broadening of the current rules of asset recognition to include technologically feasible intangibles with attributable benefits" p 127.

el tráfico jurídico, sea en venta, alquiler, garantía, debe aflorar en su verdadera naturaleza jurídica, dirigido a la reconstrucción íntegra del valor de la organización y del capital humano, ya sea mediante la autorealización interna cuanto por la adquisición en el mercado. Esto, además, es vital, para la empresa y, sobre todo, para su gobierno. En caso contrario quedan oscurecidas las cuasirentas del capital (humano) directivo.

### 5.1.3. La amortización y la vida útil

La amortización es la cantidad destinada a compensar la depreciación del activo inmaterial, siempre que dicha depreciación sea efectiva y se halle contabilizada.

La pérdida de valor del bien inmaterial, sin perjuicio de lo que establece el derecho mercantil, contable, fiscal, atañe inmediatamente al envejecimiento técnico, a la obsolescencia.

La innovación deja de serlo porque hay otros medios que la destruyen y se inicia la creación de nuevos bienes inmateriales.

En abstracto, el valor amortizable del bien inmaterial depende de la renta monopólica que estaría en condiciones de generar y que se envilece a su desaparición, sea porque la competencia ha mejorado o porque la depreciación se debe a la debilidad del capital organizativo (el conocimiento). La acumulación de información atiende su muerte útil en el periodo de tiempo que definitivamente pierde la ventaja competitiva para la organización y es, normalmente, irreversible; si no se actualiza.<sup>137</sup>

La depreciación de estos bienes inmateriales no puede ser programable ni tiene un criterio válido de vida útil aplicable. Por eso, si lo que se pretende es la constitución de fondos de amortización suficientes para la reposición de los activos inmateriales hay que tener en cuenta su duración, que bien puede ser la del ejercicio económico anual, aunque su vida útil parezca indefinida.

Esto presume postular la amortización por la prueba del envilecimiento o deterioro sufrido durante el periodo, incorporando aleatoriedad a la pretendida aplicación de la depreciación sistemática plurianual prevista por las normas contables o la corrección de valor en caso contrario. La depreciación asistemática no es menos amortización que su contrario, siempre que pueda justificarse y probarse, sea por medios cuantitativos o cualitativos (imagínese una pérdida repentina de capital humano; la insatisfacción de la clientela por causas objetivables; menoscabo de la reputación de los servicios).

137. EDVINSSON, L., *Corporate Longitude*, London, 2002, p 38: "El conocimiento es un recurso renovable... aumenta con el uso".

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La singularidad del bien inmaterial reside, al mismo tiempo, en su aptitud para proveer ingresos futuros y en la aleatoriedad del futuro de los ingresos. Se trata de un tiempo jurídico de existencia presidido por la indefinición en algunos de los ejemplos: fondo de comercio, Know how, capital humano, clientela, marcas y la definición en otros, cuando puede predecirse la temporalidad cierta de la existencia: contrato de franquicia, la explotación de la patente o del derecho de autor.

El transporte de la depreciación efectiva, entonces, oscila entre la amortización libre, la libertad de amortización y la amortización sistemática y lineal.

El criterio general es que resulta complicado fijar la vida útil de un elemento que depende de proporcionar renta (futura) monopólica a la organización. Obviamente, esta situación no es cierta ni observa un decurso previsible: está o desaparece.

Ni siquiera, el soporte legal que concede una renta monopólica, esclarece la vida útil amortizable. Una patente no es en si misma, sino una posibilidad jurídica de obtención de renta; pero, sin que ello sea cierto y confirmado. La propiedad industrial e intelectual suponen un bien inmaterial bajo el dominio de su titular y la exclusión de otros de su disfrute, pero, siempre que su efectividad –tiempo de realización- coincida con el monopolio legal; sin perjuicio que el derecho negativo de registro pueda interpretarse en si mismo como riqueza.

Y esto se agudiza cuando no se produce atribución monopólica legal. Hay una categoría amplia de bienes inmateriales que adolecen de temporalidad legal: crean renta monopólica o pueden hacerlo sin el amparo de monopolio legal alguno.

El fondo de comercio antaño reputado, de pronto se convierte en una pérdida de valor irreversible hasta su práctica extinción; un programa de investigación y desarrollo prometedor queda en desuetudo porque hay nuevos métodos que lo desbordan; y lo mismo puede extenderse al know how o en general a los secretos de empresa, a los programas informáticos, a las marcas.

Hay aptitud de conservación de renta (monopólica), por vis legal o de hecho, que de imprevisto, disminuye hasta su desaparición.

Y, por tanto, el sistema de amortización que se adopte no puede ignorar el concepto de innovación. El valor del capital intelectual depende de la conservación y adquisición de renta (monopólica) y su tiempo jurídico de existencia soporta la indefinición, ante la inevitable emergencia de otros agentes con más conocimiento, información, novedad, que crean su propia ventaja competitiva sobre la destrucción de la de los demás.

Por eso, los sistemas de amortización legal deben partir de la premisa que la depreciación de los bienes inmateriales es difícilmente programable y no tienen un criterio de vida útil aplicable, sino por excepción.

Si lo que se pretende es la constitución de fondos de amortización suficientes para la reposición de los activos inmateriales hay que ceñirse al ejercicio económico anual y su

renacimiento en el que sigue y así sucesivamente. Una vida útil con expectativa plurianual, pero, que se confirma y ratifica a final de cada periodo, en razón de la reducción o apreciación de valor estimado respecto al valor normal de mercado.

Esto presume defender la amortización por la depreciación efectiva sufrida durante el periodo, incorporando la valoración aleatoria a lo que es naturaleza del activo inmaterial, en la prospectiva plurianual.

La depreciación o deterioro asistemático no es menos amortización que la sistemática y lineal, siempre que pueda justificarse y probarse por medios ordinarios (imáginese una deserción repentina de capital directivo; cambio de estilos o modas que perjudican marcas o logos).

La amortización libre sería el sistema prevalente de aplicación. Ello “supone probar, ejercicio a ejercicio, la efectividad de la depreciación del elemento de que se trate”.<sup>138</sup>

Señala la doctrina que el nudo gordiano estriba en la prueba de la depreciación, lo cual pese a la justeza, “desalienta al sujeto a seguir esta vía”<sup>139</sup>, aunque se reconoce que es el modelo que mejor se ajusta a la depreciación real. La dificultad de la justificación, no obstante, puede articularse sobre bases de valor normal de mercado, siempre que puedan ser objeto de medida. Y ello porque como sucede en los derivados financieros no hay mejor medición del valor (futuro) que el mercado, tanto para la pérdida como para la ganancia.

La libertad de amortización es un complemento de la amortización libre, empleado, por ejemplo, en los gastos por investigación y desarrollo y, aunque sometido a críticas, es un método que permite acompasar desde el inicio la amortización del elemento a la aplicación actual o diferida del impuesto.

La amortización libre y la libertad de amortización son mecanismos que responden a una situación jurídica futura indefinida, y cuyo efecto jurídico conclusivo es incierto. La amortización de bienes inmateriales configura situaciones jurídicas ilimitadas o indeterminadas sometidas a una extinción incierta (en rigor, una condición incierta).

No obstante, la indefinición y la incertidumbre pueden, en su caso, moderarse por impulso del particular y la Administración si hubiera acuerdo previo sobre el plan de amortización, es decir, si fueran expresión de una estructura consensual, de discrecionalidad compuesta. Lamentablemente no es esta el caso, puesto que el RIS (art. 5) disciplina el plan de amortización bajo una perspectiva de discrecionalidad unilateral e imperativa, que cierra espacio al acuerdo, convirtiéndose en puro despliegue de potestad administrativa basada en la discrecionalidad unilateral.<sup>140</sup>

138. DELGADO GOMEZ, A., *La Amortización y el Impuesto de Sociedades*, en Carta Tributaria, 1 de abril de 1987.

139. ANDRES AUCEJO, E., Op. cit, p 505.

140. ROSEMBUJ, T., *La Transacción Tributaria*, Barcelona, 2000, p 38.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

Es una alternativa que, modificada, sería útil para el tratamiento de la amortización en los casos expuestos.

### 5.1.3.1. *El Libro Blanco*

La vida útil del activo, en sentido amplio, alude a la incapacidad de la inversión para continuar produciendo utilidad como antes.<sup>141</sup>

La norma tributaria subordina la vida útil al periodo de amortización, al tiempo, en que debe quedar cubierto totalmente el valor del bien, en base del criterio de amortización elegido (RIS art. 1.4).

El Libro Blanco para la Reforma de la Contabilidad en España se decanta por la amortización sistemática del fondo de comercio, en lugar de la realización anual del test de deterioro (impairment) por la depreciación.

Los fundamentos empleados son adjetivados por ser el fondo de comercio un saldo frágil y volátil y la dificultad intrínseca en la comprobación del deterioro. Pero, quizá, lo más sugestivo del argumentario se refiere a que, aceptándose, como en los EE.UU. el test de deterioro, sin la correspondiente amortización, “se corre el riesgo de incorporar continuamente el fondo de comercio internamente generado, que así pasaría a sustituir el viejo valor depreciado pero no amortizado, lo que quiebra uno de los principios más inveterados del modelo contable de los NIC/NIIF, como es la prohibición de capitalización de los fondos de comercio internos”.<sup>142</sup>

Es evidente que el apunte conlleva una dosis de razonabilidad, que no sirve, empero, para desmentir la realidad de la organización, con o sin amortización. Es decir, el fondo de comercio no es una entidad impermeable y aún aferrando sus fronteras al precio de adquisición filtra en su valor hacia delante no solo la cifra pagada, sino la creación de valor de cada uno de sus elementos, hacia arriba, apreciándolo o hacia abajo, devaluándolo. La amortización sobre el valor de compra estrecha y acota el bien inmaterial, pero no impide, porque no se puede, que el valor del know-how o de la clientela, o de cualquiera de los elementos del fondo, generados internamente, alimenten el que es objeto de la transacción. O sea, la amortización niega lo que el test del deterioro acepta: la unidad sin solución de continuidad entre el valor interno y el valor (adquirido) externo.

---

141. MANCA, F., *Il valore del bilancio degli intangible assets*, Padova, 2002, p 127.

142. *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma*, Madrid, 2002, p 118.

#### 5.1.4. Amortización por año y por vida (legal) útil

La ecuación activo-bien amortizable no es fácilmente conjugable con carácter general. Hay bienes inmateriales que resisten, por definición, la amortización técnica lineal, porque su vida útil está sometida a condición incierta y que, sin embargo, al cabo del periodo anual pueden sufrir un demérito depreciable, que se traduce en pérdida patrimonial respecto a su coste histórico o, a la inversa, una apreciación significativa en igual sentido que será una ganancia patrimonial virtual.

De modo que, coincidiendo con la derogada LIS, debe distinguirse entre bienes inmateriales susceptibles de amortización fluctuante, puesto que la depreciación o apreciación del bien es esporádica, aislada y otros que pueden recoger la amortización técnica lineal, de condición o plazo cierto, y cuya vida útil, previsiblemente, consiente la determinación más o menos fiable de las cuotas periódicas.

El fondo de comercio es el mejor ejemplo de bien inmaterial amortizable por actos o situaciones esporádicas, materializadas en su pérdida de valor. Así, el envilecimiento del fondo de comercio, sin que exista enajenación o realización, supone una pérdida patrimonial, en tanto se justifique y se produzca en el ejercicio. La depreciación particular del fondo de comercio, cuya vida útil es de condición incierta, trasunta una pérdida patrimonial del periodo, siempre que se evidencie la causa de su demérito.<sup>143</sup>

Esto mismo puede reconocerse en la amortización del nombre comercial, Know how, gastos de publicidad y marketing en la protección del logo, fundada en la indefinición o indeterminación de la vigencia temporal, por lo que la amortización sistemática y periódica no se ajusta a la naturaleza de tales bienes. En otros términos, es inconsistente con la propia finalidad de reemplazo del activo repartido a lo largo de varios años cuando, según las circunstancias, puede perder su valor total o parcial en un ejercicio.

El Financial Accounting Standards Board, de los EE.UU. en su Statement/142 (junio de 2001) recoge esta preocupación en el tratamiento contable de la adquisición de fondo de comercio.

El FASB sostiene que la amortización del fondo de comercio no es consistente con el concepto de imagen verdadera y fiel de la actividad; hecho que, sin embargo, no afecta reflejar, cuando ocurre, la pérdida patrimonial anual del mismo.

El FASB elimina la amortización periódica del fondo de comercio, permitiendo que el activo figure al coste en el balance hasta el momento en que se reduce su valor conforme al valor de mercado: cuando su valor de mercado es inferior al valor contable (impairment).

143. MORENO CERREZO, F., *El impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1981, p 87.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La idea es sugestiva porque establece un criterio que, si se acepta, supone la fluctuación de la amortización de los bienes inmateriales sometidos a condición incierta de conformidad al contraste entre el valor de mercado y el valor contable, que resultará en una comprobación anual de la pérdida o ganancia patrimonial –no realizada– del bien inmaterial.

La relevancia de la recomendación contable de la organización americana consiste en admitir la inexistencia (la incertidumbre) de la vida útil de determinados intangibles y la contemporánea necesidad de medir la pérdida patrimonial, si se produce, al final del ejercicio porque “mejor refleja el valor económico subyacente de esos activos”. En sentido contrario, también, permite medir la apreciación del capital inmaterial o el incremento virtual de patrimonio invisible contenido en el fondo de comercio y otros bienes inmateriales.<sup>144</sup>

Los bienes inmateriales cuya existencia puede definirse y determinarse con carácter previo, sometidos a condición cierta (a plazo o término) autorizan la amortización periódica por cuotas anuales, sin perjuicio de una depreciación aislada que trasunte la pérdida de su valor en un arco temporal aislado.

En principio, la amortización de los bienes inmateriales tutelados por el derecho monopólico a su explotación y la correlativa exclusión de los terceros que pretendan hacerlo sin consentimiento del titular, tiene, por fuerza que estar subordinada, como máximo, a la vida (legal) útil que es la que faculta la obtención de la renta monopólica.

La patente de invención, por ejemplo, confiere el derecho y monopolio exclusivo junto con el deber de explotarla. El derecho de patente tiene una duración improrrogable de veinte años. Pero, siempre que en un plazo de tres años desde la concesión de la misma, proceda a su explotación del objeto tutelado.

Por lo tanto, si se utiliza y aprovecha económicamente, el plazo tendencial de amortización será, como máximo, la vida (legal) útil de la patente.<sup>145</sup>

Si la patente está vinculada a una licencia de uso, será el plazo del contrato a identificar la vida útil de la invención.

Los modelos de utilidad, como las patentes, otorgan derechos de exclusividad y exclusión por diez años improrrogables, menor que el de los veinte años de las patentes. Esa será, como máximo, su vida (legal) útil amortizable. El diseño industrial confiere a su titular el derecho a la explotación exclusiva por un plazo de diez años renovables por

---

144. CARTER A.W., *Accounting for intellectual property during mergers and acquisitions* en L.Bryer-M.Simensky, *Intellectual Property Assets*, cit, pto. 5.1.

145. QUINTAS BERMÚDEZ, J., *Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1984, p 259: “Las que por el contrario presentan un plazo improrrogable v.g. patentes, deben amortizarse por lo general en dicho plazo (en la patente, veinte años)”.

otros diez. La vida (legal) útil amortizable debe seguir el periodo inicial, sin perjuicio, de su ulterior ampliación. Lo cierto es lo inicial y la renovación es incierta.

No se distinguen de lo precedente, los derechos derivados de la propiedad intelectual, salvo en lo relativo a las producciones cinematográficas, sometidas a una condición incierta próxima a la situación jurídica indefinida y las aplicaciones informáticas.

La marca confiere un derecho a su disfrute de diez años, siendo renovable indefinidamente por periodos ulteriores de diez años.

El derecho de exclusividad, sin embargo, está severamente condicionado, en lo que aquí interesa, a usar la marca en el mercado. El titular debe usar la marca registrada de manera efectiva y real. Si la marca no es usada en el plazo de cinco años a contar desde la fecha de su concesión o si habiendo sido usada esto se interrumpe durante un periodo similar, la marca incurre en causa de caducidad.

En mi opinión, la amortización periódica debe quedar ligada a la vida (legal) útil de 5 años, puesto que es el plazo exigido por la ley sustantiva para confirmar su utilización en el mercado. O sea, siempre que la marca se explote quinquenalmente en el mercado podrá atribuirse la tutela por los primeros diez años. Pero, caduca si durante esta década permanece inutilizada durante cinco años.

De modo que el fondo de comercio y los demás bienes inmateriales de situación indefinida y condición incierta no pueden someterse a amortización sistemática y periódica, sino esporádica y aislada, ejercicio a ejercicio, en congruencia con la peculiar volatilidad del crédito en el mercado o la ausencia de vida (legal) útil; y ello producirá minusvalía o plusvalía en confrontación con el valor de mercado.

Los bienes inmateriales tutelados por el monopolio legal pueden ajustar su amortización a la vida (legal) útil, como máximo, sin perjuicio de su depreciación efectiva irreversible.

#### ***5.1.4.1. Capitalización, realización y depreciación***

El principio de capitalización es un gasto fiscal que en la acertada expresión de Dodge no destruye la riqueza, sino, simplemente cambia su forma. La creación de valor intangible es una cuestión crítica, puesto que requiere aceptar como activo capitalizable, periodificable a lo largo de varios años, algunas inversiones o bienes solo porque originan un valor positivo o son idóneos para generar ingresos en el futuro. Y esto abarca tanto los gastos de I+D; la construcción del brand o el propio fondo de comercio en cuanto tal.

Lo que no puede exigirse al intangible más que a la inversión material. Por ejemplo, es gasto amortizable el trabajo geológico o los sondeos de exploración de yacimientos de hidrocarburos (LIS art. 116). Y ello aunque no produzca ingresos futuros y sea

---

EL CAPITAL INTELECTUAL

---

un resultado fallido de la actividad. Los costes del “fracaso” son capitalizables, aunque a priori nunca producirán ingresos.

De modo que no se trata siempre y en todo caso de la completa certeza de la obtención de ingresos o inversiones previamente calificadas como activos. En rigor, es gasto de capital todo aquello que tienda, como inversión a crear valor más allá del año fiscal. Si “el gasto de capital no puede inscribirse en una categoría conocida, debería inventarse un nuevo nombre para el activo (cuenta)”.<sup>146</sup>

La creación de valor, aún intangible es gasto de capital, de prolongarse más allá del periodo impositivo.

El principio de capitalización implica que sus beneficios fiscales no se producen, en su caso, sino a posteriori, sea como disminución del resultado futuro o por deducciones futuras en materia de amortización o pérdidas.

El gasto ordinario, corriente, regular, en cambio, implica su deducción en el año fiscal en que se devenga.

El capital no disminuye, aunque sí el gasto corriente, la riqueza del contribuyente: cambia su forma.

El principal efecto del principio de capitalización del intangible propone la depreciación efectiva de su valor al cabo del periodo impositivo. La pérdida efectiva de valor anual debería ser la deducción amortizable. (“Solo la declinación del valor anual del activo representa su verdadera pérdida” Dodge). El paso del tiempo, la vida útil codificada, no es, precisamente, el mejor método para establecer la pérdida de valor intangible, sometida a cambios que impiden la precisa determinación de la vida útil del bien para generar ingresos.

Pero, esto se entiende si la amortización queda vinculada al principio de realización, como condición de gravamen, puesto que, entonces, no hay otro medio que el transcurso del tiempo, hasta que se realice la ganancia o pérdida de capital, para aplicar la deducción por amortización.

Los incrementos o disminuciones de patrimonios suponen la variación en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pone de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél (LIRPF art. 31).

La ganancia o pérdida de capital se somete al impuesto solo en cuanto se realizan mediante un negocio jurídico, que implica la disposición del bien o derecho a título oneroso o lucrativo, previo su reconocimiento legal.

Si el principio de realización no se aplicara a los intangibles, la deducción por amortización no estaría vinculada a la vida útil del bien como precondition contable-fiscal, sino, la disminución patrimonial anual, en su caso.

---

146. DODGE, J.M., *The logic of the tax*, Minnesota, 1989, p 165.

Por el contrario, decayendo el principio de realización y la amortización periódica y sistemática; debería someterse a impuesto el incremento patrimonial anualmente.

Por un lado, el bien intangible podría sujetarse por imputación de rendimiento a un tipo fijo determinado, salvo prueba en contrario o aplicando un interés por el diferimiento de impuesto hasta el momento de la realización. De esta forma, el activo intangible, como gasto de capital suscita amortización anual en los límites de su depreciación efectiva y, en contrapartida, su incremento no aguarda a la realización, sino que devenga una renta de imputación hasta el momento que se produzca la transmisión.<sup>147</sup>

El valor se deprecia efectivamente a final de ejercicio o se aprecia en el mismo momento. A uno le corresponde la amortización; al otro, la imputación como renta de organización. O en otros términos, la imputación anual de renta intangible justifica la amortización en igual periodo del activo que la origina.

### 5.1.5. Métodos globales de valor del capital intelectual

Los presupuestos contables, considerados restrictivos, alimentan la propuesta de distintos métodos de medición del capital intelectual, sea en conjunto como en cada una de sus partes.

Entre otros los siguientes: market-to book ratios; “q” de Tobin; calculated intangible value (CIV). Baruch Lev ofrece el Knowledge capital scoreboard y recientemente, un sistema de información basado en la cadena de valor de la empresa.

Sveiby construye un mapa previo de indicadores no monetarios.

#### *Market-to-book ratios*

El valor del capital intelectual es igual a la diferencia entre el valor de mercado de la empresa y su valor contable. Si el valor de mercado de cualquier empresa es de 10 y su valor contable es de 5, el valor del capital intelectual será de 5. La simplicidad del método, sin embargo, no oculta sus debilidades: la volatilidad del mercado bursátil no responde a la voluntad de la organización, y puede alterar los resultados en forma significativa; las normas contables y fiscales pueden aconsejar la depreciación de activos lo cual desvaloriza también el valor contable.

Y, por último, el conocimiento global del capital intelectual por sustracción no ofrece demasiada información útil al inversor o al público en general sobre los creadores de

147. DODGE, J.M., Op. cit, p 316.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

valor internos de la actividad. La utilidad, según Stewart, podría deducirse de la ratio entre los valores comparables y observar la de la competencia. “Una ratio market-to-book descendente podría ser una advertencia”.<sup>148</sup>

Pero, en lo esencial, este método adolece de matices porque no permite identificar los factores que crean valor en el capital intelectual.

### *Q de Tobin*

La teoría de James Tobin consiste en sostener que la empresa invierte durante y hasta que su valor de mercado excede el valor de sustitución de su activo material. Q es la ratio entre activos materiales y valor de mercado. Si Q es igual a 1 señala la expansión, mientras que aconseja la desinversión si es inferior.

La empresa no adquiere activos que valgan menos que su coste de recambio o sustitución. Y, por otra parte, invertirá en activos similares a los que sean de valor superior a coste de sustitución.

Si esta fórmula atiende, en conjunto, al valor de mercado de la empresa y el coste de sustitución de todo su activo material, puede ilustrar la presencia de una renta monopólica que no tiene otro origen que su capital intelectual.

En efecto, si el coste de la sustitución de todo su activo es inferior al valor de mercado de la empresa indica que la empresa en su totalidad vale más que sus activos materiales y esta diferencia es el intangible, la información, el conocimiento depositado en la organización.

La habilidad en la empresa le proporciona un valor más elevado, comparado con la competencia, a paridad de activo material: la causa es “el poder del capital intelectual” (Stewart).

### *Calculated intangible value (CIV)*

El método define el valor de los activos inmateriales de la empresa como su capacidad para superar al competidor medio que tiene componente similar al activo material. Primero se calcula el retorno de la inversión en dicha clase de activos por un periodo de tres años y en una empresa en particular. Posteriormente se busca el promedio del sector. El exceso o defecto de beneficios es calculado sobre los activos de la empresa en cuestión y se compara con el que sería el resultado en la empresa media.

Previa deducción de los impuestos, se obtiene el resultado que es la prima de beneficios atribuible a los activos intangibles de la empresa.

---

148. STEWART, T.A., Op. cit, p 225.

Se busca el valor actual neto de la cantidad, dividiéndola por un porcentaje que representa el coste medio del capital por empresa.

El resultado será el valor de los activos que no figuran en el balance.<sup>149</sup>

### *Knowledge capital scoreboard y value chain scoreboard*

Baruch Lev propone el cálculo global del capital de conocimiento. Por un lado, se extrae el promedio de beneficios pasados durante un periodo de tiempo de 3 años y el promedio de los beneficios futuros durante un periodo similar. De esto se obtienen los beneficios normalizados. El cálculo se basa en restarles los beneficios derivados de los activos materiales y financieros. Lo que queda son los beneficios del capital intelectual, de los intangibles.

Recientemente, el mismo autor postula un sistema de información basado en la cadena de valor. El proceso de innovación comienza con el descubrimiento de nuevos productos o servicios o procesos al que siguen procedimientos de desarrollo de los mismos y la fijación de su factibilidad tecnológica, culminando con la comercialización de los productos y servicios.

La utilidad del sistema reside en que es cuantitativo, debe servir a las comparaciones y ser relevante para los que lo utilizan.

La primera de las etapas es descubrimiento y aprendizaje, comprende la renovación interna, la adquisición de capacidad o la que resulte de alianzas o asociaciones con otros.

La segunda es la implementación, comprende la propiedad intelectual e industrial y desarrollo de Know how; la factibilidad tecnológica e internet.

La tercera de las etapas es la comercialización y comprende a los clientes, los resultados de la gestión y las perspectivas de crecimiento.

La instalación de un sistema coherente de información de la cadena de valor empresarial, con particular referencia a los activos inmateriales implica “una ampliación considerable de las reglas ordinarias sobre el reconocimiento de los intangibles que permita incluir intangibles tecnológicamente factibles con beneficios atribuibles”.<sup>150</sup>

El sistema de Lev desborda la norma contable, puesto que acepta no solo aquellos que se adquieren sino también los que son consecuencia de la autorealización, sin más exigencia para su reconocimiento que la prueba de factibilidad técnica (pruebas clínicas, aprobación de la administración, en drogas y alimentación, pruebas beta, etcétera).

149. A. CRAVERA-M- MAGLIONE-R. RUGGERI, Op. cit, p 35.

150. LEV, B., Op. cit, p 127.

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

La escueta referencia de los métodos de medición de bienes inmateriales no elimina la necesaria mención a otras propuestas que se han avanzado.<sup>151</sup>

La multiplicación de métodos de valor de los bienes inmateriales, en general o en particular, revela que técnicamente es posible su medida y el establecimiento de ciertos parámetros que pueden ser adoptados como indicadores.

Y, al mismo tiempo, que no hay conflicto directo con la regla contable, siempre que se admita la particular configuración del bien inmaterial.

En primer lugar, el bien inmaterial es un activo de la organización destinado a prolongar su utilidad a lo largo de los años. Es una fuente de rendimientos aún cuando sean irregulares en el tiempo y no originen, en forma automática, beneficios periódicos que les puedan ser atribuibles.

En segundo término, el bien inmaterial es un activo que puede incorporarse por autorealización interna o por adquisición, y cuyo valor no está relacionado con el coste ni con la existencia de una transmisión onerosa o hechos históricos.

El valor del conocimiento organizativo es histórico, pero su resultado, como innovación, se proyecta y orienta hacia el futuro. Ello contamina el cálculo del valor inmaterial con elementos de riesgo, de incertidumbre, que le son insitos, pero, que no invalida, inclusive en el fracaso, su valor añadido: “un fracaso en un programa de investigación y desarrollo puede conducir a perspectivas que interactúan con descubrimientos en otro programa y culminan creando valor en forma inesperada. El valor puede ser destruido en una forma similar e inesperada”.<sup>152</sup>

En tercer lugar, la contextura del bien inmaterial adquiere su propia consistencia a través del procedimiento de desarrollo exigible dirigido a su factibilidad tecnológica. El reconocimiento del activo puede estar vinculado a que pueda ser realizado y esto, como afirma Lev, puede conseguirse para aquellos bienes que hubieran pasado ciertas pruebas previas de factibilidad técnica, disminuyendo su carácter riesgoso.

En cuarto término, la dimensión de los bienes inmateriales supera los derechos de propiedad intelectual e industrial, integrando otros que están en situación posesoria dentro de la organización. Pero, que haya bienes inmateriales que no están bajo el control de la entidad, en el sentido de exclusividad y exclusión de los no propietarios, no significa que pueden ser apreciados en sí mismos, separadamente y ser objeto del tráfico jurídico con validez inter partes. El control limitado no supone que sean bienes desprovistos de valor, sino que tienen uno ajustado a su propia naturaleza (procedimientos

---

151. R.S. KAPLAN-D.P. NORTON; *The Balanced Scorecard*, Boston, 1996: que integra los indicadores económicos financieros con la valoración del capital organizativo y humano.

152. BROOKINGS, Op. cit, p 17.

internos, Know how, secretos de organización no registrados). Los beneficios serán apropiables por la organización.

Por último, la comercialización singular del bien inmaterial supone que existe, un agente dispuesto a pagar un precio por su uso o aplicación, esté o no bajo relaciones de dominio del titular. Y si esto se verifica, la identificación por el mercado es superior a la que puede exigirse por razones formales, registrales, de validez o eficacia erga omnes.

El capital humano en la organización, bajo la dirección o autoridad de su titular, responde a criterios complejos, porque es un activo que puede abandonarla en cualquier momento. Es un bien inmaterial móvil, creador de valor mientras esta y destructivo cuando se va: pero, a la vez, es un valor fructífero mientras está e infructífero cuando se va, y, es igual, que ello suceda porque mejora en su situación laboral futura o empeora. El desahucio o abandono de la organización es una situación final.

#### 5.1.6. Indicadores no monetarios

Si medimos lo nuevo con los instrumentos antiguos no seremos capaces de percibir la novedad (K. Sveiby). Los flujos de conocimiento y los activos intangibles son esencialmente no financieros y exigen medidas que sean tanto financieras como no financieras.

Sveiby desarrolla su Intangible Assets Monitor que consta de tres apartados: la estructura externa, la estructura interna y la competencia o capacidad del trabajador.

Con carácter común a los tres apartados apela a los indicadores de crecimiento/renovación; eficiencia y estabilidad.

En cuanto a estructura externa:

Crecimiento/renovación: cuota de mercado, índice de satisfacción del consumidor o índice de calidad, crecimiento orgánico (la recepción del concepto de la empresa en el mercado o, diría, el fondo de comercio).

Eficiencia: índice de satisfacción de clientela; índice de éxitos/fracasos; ventas por cliente.

Estabilidad: proporción de grandes clientes; estructura de edad; ratio de fidelización; frecuencia de repetición de pedidos.

La clasificación de la clientela pretende en lo que provee en orden a imagen, aprendizaje, referencias, y su rentabilidad.

En cuanto a estructura interna:

---

## EL CAPITAL INTELECTUAL

---

Crecimiento/renovación: inversión en estructura interna; en sistemas de proceso de información; tiempo dedicado a I+D; índice de comportamiento del empleado hacia el cliente, cultura, directivos.

Eficiencia: proporción del personal administrativo de soporte sobre el total de la plantilla; ventas por personal de apoyo; medición de valores y comportamientos.

Estabilidad:

Edad de la organización; ratio de incorporaciones novatas.

En cuanto a la competencia del capital humano:

Crecimiento/renovación: experiencia profesional; nivel de educación; entrenamiento y costes de educación; comparación entre los contratados y los que se fueron para medir el incremento o disminución de competencia.

Eficiencia: proporción de profesionales sobre el total de la plantilla; valor añadido por profesional.

Estabilidad: promedio de edad; antigüedad; tasa de abandonos y nuevos empleados.

Sveiby, sin excluir la cuantificación económica, prefiere el valor añadido: el incremento en valor que crea la plantilla después de deducir todas las adquisiciones externas, puesto que así se mide correctamente la capacidad de producción de la empresa de conocimiento.

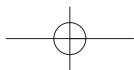
“En la sociedad de conocimiento el valor añadido debe considerarse como la medida más pura de capacidad para producir valor económico. Son los trabajadores los que traen todo el ingreso. “Estos ingresos deben cubrir los costes –del trabajo, financieros, generales, las compras- y el mantenimiento del capital incluido formación, y el residuo es el beneficio a distribuir o a ahorro o inversión.”<sup>153</sup>

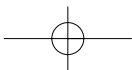
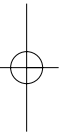
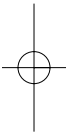
---

153. SVEIBY, K.E., Op. cit, p 151 a 184.

**SEGUNDA PARTE**

**LA FISCALIDAD  
DEL CAPITAL INTELECTUAL**





# 1. EL FONDO DE COMERCIO

## 1.1. LA TUTELA DEL FONDO DE COMERCIO

El fondo de comercio es un bien inmaterial complejo cuyo contenido es la información y que establece el valor del capital intelectual representado por el negocio.

La organización, en cuanto tal, exhibe un derecho actual o potencial sobre recursos económicos actuales, sean materiales o inmateriales.

La organización extrínseca el derecho (subjetivo) de empresa y consiente, aún antes de su ejercicio, una haz de prerrogativas al titular en orden a la tutela de la competencia leal y regular en el mercado.

La libertad de iniciativa económica es un derecho y una garantía en el orden económico constitucional.

La aptitud de competir se halla protegida, tanto por el deber de abstención de los terceros en cuanto a su práctica cuanto por las obligaciones de hacer y de no hacer que afectan al propio titular de la organización o, mejor dicho, su ventaja competitiva y en torno a lo cual gira la prohibición de la competencia desleal que menoscaba el interés legítimo del empresario en la economía de mercado.

La protección reforzada de la competencia preserva a los que ejecutan nuevas combinaciones de recursos, “un privilegio de personas menos numerosas que las que exteriormente tendrían la posibilidad y a menudo de personas a las que parece faltar esta posibilidad. Por esta razón los empresarios son un tipo particular de agentes”.<sup>154</sup>

Así como el derecho de empresa es esencial para la competencia y el libre mercado, la organización de los recursos materiales e inmateriales, financieros y humanos en una programación unitaria, manifiesta la realización de un mérito de su titular, del cual, el fondo de comercio es su cualidad y atributo.

---

154. SCHUMPETER, J., Op. cit, p 116.

El fondo de comercio condensa el capital intelectual de la organización, indicando una potencialidad económica patrimonial que siempre tiene como atribución al titular de la organización, ya que premia su mérito o demérito en la disposición de bienes y servicios dependientes de su interés singular.

Pero, el fondo de comercio no es solo y exclusivamente un atributo del titular de la organización: es el resultado, además, de la garantía trabada por la ley para blindar la creación de valor económico de la organización.

En cualquier empresa, sea cual fuere su sector o dimensión, su carácter jurídico de persona física o jurídica, aparece un fruto propio del esfuerzo de organización que corresponde a su titular y que es el reflejo de lo que se conoce como ventaja competitiva.

Justamente, la capacidad competitiva de la empresa en el mercado (Bajo Fernández) expresa una situación en la sociedad civil y una diferencia social económicamente relevante.<sup>155</sup>

La protección del mérito/crédito del empresario en el mercado es una respuesta jurídica que atiende a la situación del empresario en la sociedad en un contexto de diferencia social económicamente relevante, para el conjunto y para sí mismo. Y que se resuelve en una posición de ventaja relativa respecto a los demás, por otra parte necesaria y legítima.

El fondo de comercio es la posición de ventaja, con independencia de la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa. Esto significa que el mérito/crédito del organizador tiene un substrato sin el cual no podría existir, un fundamento necesario para su concreción: la interdicción de la competencia desleal y el deber de abstención de los terceros a su aprovechamiento indebido (apropiación del bien de información que representa).<sup>156</sup>

## 1.2. EL FONDO DE COMERCIO DE AUTOREALIZACIÓN

El fondo de comercio de autorealización, intrínseco o autogenerado es aquel que se construye y persevera en el interior de la organización, como resultado de la regular creación de valor diferencial o ventaja comparativa sobre otra u otras organizaciones similares o análogas en el mercado.

Ese *quid pluris* confirma el crédito o mérito reconocido en el mercado, aún cuando no se descubra mediante una transacción o transferencia onerosa a terceros.

155. GALLO, F, *Ratio e struttura dell'IRAP*, Rassegna Tributaria, 3/1998, *I presupposti della tassazione ambientale*, Rassegna Tributaria 1/1999.

156. FERRARA, F, Op. cit, p 144. "La prohibición de competencia desleal tiende a proteger la organización".

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El reconocimiento del fondo de comercio, del capital intelectual, con prescindencia de su realización económica en el mercado es de carácter lógico y jurídico previo.

En efecto, tanto la contabilidad como la norma mercantil establecen que solo puede figurar en el activo cuando su valor se pone de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa o se genere en virtud de una transacción. Por lo tanto, el “fondo propio de cualquier empresa no aparece reflejado en la contabilidad de la misma”.<sup>157</sup>

En primer lugar, el valor no figurativo sigue siendo valor y su identificación hay que señalarla, puesto que, en caso contrario, la asimetría de información entre el capital físico y financiero y el capital intelectual (inmaterial) falsifica la total estructura de costes, gastos y rendimiento en la organización. Las restricciones impuestas desde la disciplina contable esconden tras el concepto de activo solo aquel que es material o físico, financiero o que siendo inmaterial es objeto de adquisición onerosa por tercero. Pero, esto ignora el valor existente y consistente en el seno de la organización.

Es evidente, que el valor del bien inmaterial no puede medirse con el mismo criterio que el que se actúa en el activo material o financiero.

El futuro beneficio del capital intelectual es menos cierto que el que se reclama a una fábrica, una maquinaria o un activo financiero. La contabilidad convierte una de las particularidades del valor intangible –la incertidumbre de su resultado futuro– en causa de exclusión de su estimación específica.

“La inversión en intangibles es generalmente intensiva en las etapas iniciales –descubrimiento– del proceso de innovación. Es aquí donde el riesgo concerniente al éxito tecnológico y comercial de la innovación es altísimo ... sustancialmente más elevado que el riesgo asociado con la mayoría de los activos físicos y financieros.”<sup>158</sup>

El riesgo o la volatilidad del activo inmaterial ligado a los costes iniciales que pueden perderse en el camino, sunk costs, disminuye pari passu se desarrolla el procedimiento de proximidad al mercado. O, al contrario, el fracaso puede llevar a la destrucción que no a la creación de valor “en forma inesperada y por vías indirectas”.<sup>159</sup>

Y esto es precisamente el problema que debe afrontar el derecho y, por descontado, la contabilidad.

Hay un capital inmaterial cuyo riesgo puede llevar a crear valor o a su destrucción, un capital constitutivamente volátil y aleatorio.

Y esta característica debe primero constatarse y después evaluarse.

157. GARCIA ARRIETA, M., dirigida por C.I. Muñoz Colomina en *Panorámica europea del fondo de comercio*, Madrid, 1996.

158. LEV, B., Op. cit, p 42.

159. BROOKINGS, Op. cit, p 17.

Lo que resulta inaceptable es que asumiendo su existencia, se niegue su consistencia, degradando el capital inmaterial a un gasto imposible de capitalizar porque su resultado es aleatorio o es infigurable.

El fondo de comercio se define en el PGC como el conjunto de bienes inmateriales que impliquen valor para la empresa.

En la normativa mercantil se dispone que el fondo de comercio únicamente podrá figurar en el activo del balance cuando se haya adquirido a título oneroso.<sup>160</sup>

El fondo de comercio solo será objeto de contabilización en el caso que haya sido adquirido a título oneroso.<sup>161</sup>

La valoración del fondo viene determinada por la diferencia entre el importe satisfecho en la adquisición de una empresa, o parte de la misma, y la suma de los valores identificables de los activos individuales adquiridos, menos los pasivos asumidos en la adquisición.

La amortización del fondo de comercio se realiza de modo sistemático durante el periodo en el cual dicho fondo contribuye a la obtención de ingresos, y siempre que no exceda del plazo de 5 años, si bien se permite ampliarlo hasta un máximo de 10 años, previa justificación.

La rígida estructura mercantil contable limita en forma notoria el alcance de la figura recogida, terminando por incurrir en contradicciones e incongruencias que no responden, sino a un esfuerzo para aplicar el paradigma del “superbeneficio” futuro a conseguir mediante la adquisición de una empresa total o parcialmente, cuando, en verdad, el fondo de comercio sería la contraprestación hacia atrás y actual de la renta reputada, conseguida por mérito del capital organizativo. Al límite, no se sabe cual sería el superbeneficio futuro del fondo de una actividad que se adquiere para su reestructuración o, más aún, para eliminarla del mercado.

El punto de partida es que, en la perspectiva mercantil y contable, la configuración autónoma del fondo de comercio aparece innegable, es algo más que una suma de bienes inmateriales: un conjunto; que puede comprarse o venderse, servir de garantía a título oneroso, con autonomía de la empresa que le dio cobijo.

El fondo de comercio que se adquiere, aisladamente o como parte de una transmisión empresarial, tiene el privilegio de su contabilización como activo inmaterial.

El fondo de comercio que se desprende de la autorealización o autogeneración en el seno de la organización, latente en su actividad, no es susceptible de figurar, como lo que es, en el activo del balance.

160. Art. 39.6 Cco, art. 194.2 de LSA.

161. Norma de Valoración 5ª de PCG y Resolución del 21 de enero de 1992 de ICAC.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Esta restricción supone un desvalor significativo del capital intelectual de la empresa, puesto que se niega su consistencia, aunque no su existencia, estableciéndose para la cuantificación contable la exigencia de su realización.

Esto supone, al menos, dos consecuencias relevantes.

Primero, el coste y gasto del fondo de comercio autogenerado, latente y tácito, no atiende la naturaleza (no reconocida) de activo inmaterial, de capital intangible, y, por lo tanto, su aplicación siempre será un gasto o coste corriente del ejercicio en que se haya devengado. De esta forma, los gastos en bienes inmateriales que implican valor (capital) para la empresa, sea en la conservación de la clientela, la calificación del capital humano, la ventaja competitiva y el crédito derivado en el mercado, no es contabilizado a menos que se produzca una transmisión. El precio de figurar en el activo del balance consiste en la transmisión onerosa del depósito de reputación acumulado por el organizador. En cambio, si éste permanece en la organización, ayudando su crecimiento, carece de valor contable, como bien de capital inmaterial. No resulta que se trate de una disciplina congruente con la verdadera imagen de la empresa, ya que se omite un valor existente, aunque contablemente inconsistente. Peor, todavía, hay un conjunto de bienes inmateriales, que no son ni se les reconoce, aunque están.

Segundo, la idea que la valoración del fondo de comercio transmitido se funda en los superbeneicios futuros a conseguir por el comprador, oculta la verdadera naturaleza jurídica de su creación y construcción.

En efecto, el valor del activo intangible transmisible refleja, en cualquier caso, el valor pasado y actual del crédito o reputación del organizador. El sobre precio fijado no resulta de los superbeneicios futuros del que compra, sino de la renta del fundador apreciada en la oportunidad.

Alguien puede estar dispuesto a pagar para que no siga generándose esa ventaja, antes que para extraer valor de la organización que lo genera.

Pero, si esto es correcto, compra de un negocio a un competidor para su desmantelamiento, no puede establecerse el valor del fondo de comercio a extinguir por los superbeneicios futuros a conseguir mediante la adquisición de una empresa. En realidad, es el superbeneicio de antes y ahora que compro, para que no me obstaculice en la creación del mío propio.<sup>162</sup>

La ignorancia contable mercantil del fondo de comercio autogenerado o autorealizado no contribuye a la transparencia necesaria del valor creado y extraído de la organi-

162. SEGARRA TORMO, S., *Tratamiento fiscal del fondo de comercio en la Ley 43/95* en Gaceta Tributaria, 1996.

zación, información que permitiría saber el valor global de la misma y que no parece que ello ocurra para atender las exigencias del accionista, del trabajador, del gestor.

El fondo de comercio autogenerado merece una disciplina intermedia entre su carácter figurativo y no figurativo como activo del balance. Hay un vacío contable mercantil que debe llenarse. Si hay un valor existente en la organización de naturaleza inmaterial, tiene que asignársele consistencia contable y mercantil. Y frente a ello no puede arguirse que no se dispongan métodos de estimación y cuantificación que, aunque relativos, contribuyen a que se conozca la construcción positiva de la creatividad del empresario o, asimismo, su destrucción negativa.

Y si esto es significativo en el marco contable y mercantil, resulta absolutamente ineliminable en el plano jurídico tributario. Básicamente, porque si es cierto que hay creación o destrucción de valor económico, se está significando que hay una indicación descuidada y abandonada de capacidad económica.

No es que la incertidumbre y la aleatoriedad impidan la calificación y cuantificación del bien inmaterial; sino que es la inadecuada calificación y cuantificación lo que obstaculiza el reconocimiento y aceptación del bien inmaterial. Se necesita otro sistema de valoración legal mercantil y contable.

“...si una empresa invierte en aquellas cosas que la hacen más competitiva, como capital humano o información tecnológica, sufrirá un deterioro en el corto plazo de su cuenta de pérdidas y ganancias, lo cual a su vez reducirá su valor de balance, disminuyendo, por tanto, el valor contable de la organización. En otras palabras, cuando más invierta la empresa en el futuro, menos será su valor contable. Esto es absurdo”.<sup>163</sup>

El capital intelectual –el fondo de comercio- tiene un valor intrínseco, previo y antecedente a cualquier operación de transferencia onerosa. Un valor que está originado por la propia actividad organizativa y cuya aleatoriedad lo significa como una ganancia o pérdida patrimonial de futuro.

El azar del resultado, positivo o negativo, consecuencia del éxito o del fracaso de la inversión no niega la subsistencia del capital inmaterial como tal, antes de cualquier transacción con terceros; siempre que pueda comprobarse la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado.

Es un componente que atiende al mercado de futuros, especulando sobre el retorno de la inversión “cuando se convierte en activo y sobre la probabilidad de lograr su pleno valor”.<sup>164</sup>

163. EDVINSSON, L - MALONE, M., Op. cit, p 42.

164. EDVINSSON, L - MALONE, M., Op. cit, p 43.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El activo inmaterial es una fuente de rendimientos financieros de futuro que giran sobre la expectativa de la inversión emprendida o sirve de garantía para endeudamiento o financiación.

El capital intelectual, o sea el fondo de comercio, puede valuarse endógenamente y medirse, sea a través de indicadores monetarios absolutos o relativos de referencia.

De modo que el reconocimiento contable en el balance no perjudicaría su fiabilidad. Al contrario, ofrecería una figura del valor organizativo que permitiría completar las existencias y flujos de conocimiento en la actividad a lo largo de una serie de periodos anuales. En otras palabras, sometería a consideración la productividad del empresario organizador, su capacidad de actuación para nuevas combinaciones económicas.

No puede sostenerse, en cambio, que la aparición del fondo de comercio como un activo supone una inversión cuya financiación es ficticia y significaría “una posible descapitalización de la empresa”.<sup>165</sup>

En efecto, la afloración del goowill intrínseco no solo no descapitaliza, sino que capitaliza a su organizador. Pero, además, no es una financiación ficticia, sino de futuro expuesta, consecuentemente, a incertidumbre.

El problema en juego es la información y difusión del valor interno de los bienes inmateriales convocados en el fondo de comercio. Esa es la laguna contable obstaculizadora del desarrollo del flujo de intangibles en la organización como value drivers, aptos para producir futuros rendimientos.

Y para ello es necesario apelar a las nociones de creación y extracción de valor, que son fruto de la autorealización o autogeneración de la empresa.

La creación de valor supone la generación de nuevo conocimiento y su conversión en innovaciones con valor comercial. La extracción de valor implica transformar el valor creado en una fórmula útil para la organización.<sup>166</sup>

La extracción de valor del capital intelectual no se obtiene únicamente por la transmisión del fondo de comercio a título oneroso.

La actividad interna a la organización que conlleva una ventaja competitiva en orden a la mejora en su funcionamiento, procedimientos, base de datos, gestión del mercado, desarrollo informático o en investigación y desarrollo, calificación del trabajador, todo ello, exhibe una extracción de valor, al margen de la transacción o previa a cualquiera que pudiera suscitarse, que es consecuencia de la creación de valor interno, intrínseco de la organización.

La transformación del valor en dinero o en la mejora de la ventaja competitiva no son conceptos antagónicos, pero, sí alternativos.

165. MUÑOZ COLOMINA-GARCIA ARRIETA, cit.

166. SULLIVAN, P. H., Op. cit, p 226.

No es correcto reducir la consistencia del fondo de comercio a su realización económica –transacción–; así como lo sería eliminar su valor económico aunque no se produzca realización.

El valor interno del capital intelectual, aún cuando no figure en la contabilidad, integra el valor total de la organización y, en particular, es la renta del fundador como contrapartida a su innovación. Y, si no lo fuera, es la pérdida del fundador.

Pese a la unanimidad de la legalidad mercantil y contable en su contra, no puede arguirse la imagen fiel de la empresa si no se toma en cuenta su capital intelectual. Y si así no se hace, no se debe a que sea inexecutable, sino que los instrumentos aplicables no son los adecuados para la inmaterialidad de la inversión.

International Accounting Standard (IAS) 38, desconoce como activo el fondo de comercio autogenerado, con el argumento que no se crea recurso alguno controlado por la empresa que pueda originar específicos beneficios futuros y que pueda fiablemente medirse conforme a su coste.

Y, cabe preguntarse, si el coste constituye la medida adecuada del fondo de comercio intrínseco. La respuesta no puede omitir que la naturaleza del bien inmaterial escapa a la correlación entre coste y beneficios futuros que distingue al capital físico o material. Así como el coste mide los atributos de los productos materiales o físicos; no sucede otro tanto con respecto a los inmateriales: hay value drivers preordenados a la obtención de beneficios, que no guardan correlación alguna con su coste. Dos proyectos de I+D, o de programas informáticos o de calificación del capital humano pueden significar un coste de desarrollo igual o semejante y, sin embargo, producir flujos de ingresos (o gastos) diametralmente distintos. La contabilidad, no obstante, no recoge el valor del capital inmaterial cuando conocer su coste, ofrece una perspectiva insuficiente.<sup>167</sup>

Por otra parte, el valor intrínseco propondría, en caso de ser positivo, un singular aumento de la capacidad económica de la organización, un incremento de la misma en cabeza de su titular, cuyos efectos fiscales habrán de determinarse.

El valor del capital intelectual es independiente de su transmisión onerosa, ya que preexiste y se engloba en la capacidad innovadora de la organización y el capital humano.

Que no figure contabilizado no significa que no sea un activo propulsor de beneficios en el futuro, sea como resultado de I+D; output de la organización o calificación del trabajo.

167. LEV, B., Op. cit, p 76: “La amplia investigación empírica, particularmente en el descubrimiento de intangibles ( I+D, patentes, innovaciones), e intangibles de la organización (tecnología de la información, marcas, costes de adquisición de clientela) han establecido la existencia de fuertes lazos entre estas inversiones y el valor de la empresa y su actividad...”.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El cuadro del negocio es incompleto si se prescinde del capital intelectual coexistente con el capital físico y el financiero.

Es el valor sobrante después de la individualización del capital material y monetario.

No obstante, significando una particularidad manifiesta:

El capital intelectual es el fruto del oficio del organizador del conocimiento que puede transformarse en valor. El goodwill es la internalización de la facultad innovadora del empresario, su contrapartida.

Al extremo puede afirmarse que hay un rastro de monopolio en cualquier ventaja que funda la novedad, sea en el nuevo producto, la nueva promoción de la marca, los nuevos procedimientos internos, la nueva formación del trabajador. Y esta es la renta que Schumpeter denomina del fundador.

El desconocimiento contable mercantil del capital intelectual deslegitima la función típica y necesaria del empresario en el orden público económico.

¿Cuál sería el título que habilita la apropiación del nuevo valor creado en la organización si no fuera la atribución al que lo lleva a cabo?. Por ello, no es necesario que se produzca la realización del fondo de comercio para que se reconozca su existencia. A lo sumo es la confirmación del crédito en el mercado por contraprestación. Pero, solo la confirmación.

### 1.3. EL VALOR O DESVALOR DEL FONDO DE COMERCIO. LA REALIZACIÓN

El principio de realización es dominante en materia de ganancias o pérdidas patrimoniales. Las condiciones externas y la falta de regularidad orientan la consideración contable/mercantil/fiscal hacia el momento de la realización como consecuencia de la transmisión a título oneroso. Así se descarta la apreciación o depreciación (sin transacción) del valor del bien o derecho, con autonomía de la realización.

El fondo de comercio autogenerado tiene un valor susceptible de apreciación o depreciación. Evidentemente, la negativa a su existencia antes de la transacción otorga la ventaja del diferimiento de impuesto hasta que esto ocurra.

No obstante, se impone la matización. La ganancia de capital latente o tácita queda aplazada hasta su materialización, mientras que la pérdida de capital anual puede realizarse, sea bajo el criterio de la depreciación efectiva o de una vida útil depreciable que es esencialmente arbitraria en su duración y determinación: el fondo de comercio no tiene una vida útil en sentido estricto, como si fuera una máquina o una instalación, sino que está expuesto a la excepcionalidad y aleatoriedad que marcan su valor, año a año.

Y esta asincronía entre ganancias no realizadas y pérdidas realizadas de valor del fondo de comercio advierten sobre una situación difícilmente compatible con el principio de capacidad económica.

O el principio de realización comprende pérdidas y ganancias o en caso contrario, las pérdidas realizadas contra las ganancias potenciales, quiebra la congruencia de la neutralidad de la regla.

Admitiéndose la pérdida anual efectiva de valor, tal como sugiere el impairment, por ejemplo, debe articularse un criterio contable/mercantil/fiscal que obviara el diferimiento de los efectos de las ganancias de capital hasta el momento de su realización.

Y las alternativas técnicas pueden consistir en fijar reglas de valoración sobre las ganancias de capital consideradas anualmente o a través de la atribución de intereses sobre el aplazamiento o postergación.<sup>168</sup>

En conclusión, el desconocimiento del fondo de comercio autorealizado no puede sostenerse en el plano mercantil, contable o fiscal.

Hay un valor económico del capital intelectual que es antecedente a cualquier operación jurídica con terceros, completando el patrimonio global de la empresa.

El valor sostiene la específica ventaja competitiva lograda por el titular de la organización. Dicha ventaja indica una posición –aunque sea breve o provisional– de monopolio debida a la innovación.

El valor económico no puede dejar de estimarse, no solo en interés de la organización, sino del mercado en general, de los inversores y accionistas, en su caso, para coonestar fiablemente su información de la actividad emprendida. Pero, más importante si cabe, es que a efectos jurídicos mercantiles/contables/ fiscales debe afrontarse, sincrónicamente, las ganancias y pérdidas de capital derivadas del fondo de comercio autogenerado, aflorando anualmente, su evolución par: lo que no parece razonable es reconocer la pérdida efectiva de valor, sin, al mismo tiempo, establecer la ganancia estimada, aún por medios presuntivos, en espera de su eventual realización, que podría no verificarse nunca. Y, particularmente, el diferimiento o aplazamiento indefinido del impuesto solo está justificado siempre que, contemporáneamente, no acepte la pérdida de valor anual. Si la pérdida es de lógica, también, debiera serlo la ganancia de capital estimada.

---

168. DODGE, J.M., *The Logic of the tax Federal income tax theory and policy*, Minnessota, 1989, p 323. El autor sostiene que el principio de realización afecta la neutralidad porque los activos que se aprecian son favorecidos respecto a los rendimientos ordinarios y regulares. El diferimiento del impuesto sobre la apreciación es una inmensa ventaja económica. Asimismo, sugiere la regla de imputación de un tipo específico, análogo al tipo de interés monetario, como presunción relativa. Alternativamente, la solución podría ser un interés durante el periodo en que el bien se apreció y su realización, por el diferimiento.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Evidentemente, el legislador, en atención a la tutela de la innovación podría desconocer que la ganancia de capital supone un enriquecimiento del organizador, pero, para que ello fuera legítimo, debería establecerlo expresamente, para lo cual no le queda otra vía que configurar el beneficio fiscal del diferimiento del impuesto en torno al fondo de comercio intrínseco, en otros términos, identificar el valor del capital intelectual.

El fondo de comercio intrínseco es un bien jurídico inmaterial cuyo contenido es la información patrimonialmente valorable. El mérito precede a la transacción, porque es fruto del conocimiento del organizador que le sirve de fuente de ventaja competitiva. La cadena de valor es anterior a la transacción con tercero, “en la ordinaria economía basada en el conocimiento, la mayor parte de la creación o destrucción de valor precede, a veces por años, la realización de las operaciones”.<sup>169</sup>

La noción de un valor previo al acto, negocio jurídico y operación de transmisión escapa a la norma mercantil-contable cuando, en rigor, es un valor capital que sirve al principio de la imagen fiel, destacando la capacidad de actuar del empresario en el mercado.

Por otra parte, es un valor patrimonial autónomo que puede ser objeto de cualquier operación lícita de confianza (prenda, garantía hipotecaria, aval, locación) sin que menogue la titularidad del propietario/poseedor del bien inmaterial.

Esa cualidad del fondo de comercio autogenerado encierra el conocimiento de la organización y la ley preserva su secreto y la exclusión de la competencia (desleal) cuando se produce.

La protección de la competencia, tanto penal como mercantil, en su extremo dogmático, ilustra la atención debida al mérito de la organización, o sea, al fondo de comercio que es su principal activo en el mercado.

Es un activo inmaterial de vida útil indefinida, tanto como la vida de la organización, determinable anualmente en su incremento o disminución.

Es un suelo virtual que sirve de soporte a toda la empresa. Y su valor enriquece al titular, así como le empobrece su destrucción.

### 1.4. LA ADQUISICIÓN DEL FONDO DE COMERCIO

La norma mercantil y contable desconoce el fondo de comercio autogenerado, exigiendo una transacción previa a título oneroso. Así su contabilización es posible solo cuando de pone de manifiesto mediante su transmisión.<sup>170</sup>

169. LEV, B., Op. cit, p 119.

170. Arts. 39.6 Cco y 194.2 LSA y la Norma de Valoración 5ª PGC.

De esta guisa, el fondo de comercio “creado con el trabajo y esfuerzo de la propia entidad no puede contabilizarse como inmovilizado inmaterial, debiéndose tratar los costes y gastos relacionados con la generación de este fondo de comercio como gastos corrientes del ejercicio en que se hayan devengado”.<sup>171</sup>

La contabilidad desatiende totalmente la cadena de creación de valor del capital organizativo, sea en el descubrimiento, articulación o comercialización del conjunto de bienes inmateriales denominado fondo de comercio. De esa forma omite el valor creado en el secreto posesorio, propietario, la mejora de capital humano, los procesos de I+D, o las aplicaciones informáticas; interpretando como gastos del periodo los recursos presentes de utilidades o beneficios futuros o su pérdida.

La premisa es simple: no hay coste de un activo (inmaterial) a capitalizar durante su vida útil y por tanto no procede la conversión del inmovilizado en amortización. La realidad económica, mientras tanto, indica lo contrario. Hay activos inmateriales productivos de creación o destrucción de valor que no pueden reducirse a gasto ordinario y corriente del ejercicio; porque antes de su eventual transacción, presuponen un ciclo de riqueza de la organización, cuya exclusión distorsiona las cuentas y, aún más, falsifican la propia ventaja competitiva lograda, carente de reflejo verosímil en las cuentas.

La circulación jurídica del fondo de comercio puede verificarse mediante su transmisión aislada, separada y autónoma de la organización, como un bien jurídico complejo de información, que no de conocimiento. Y la contraprestación señalará el valor exacto del crédito obtenido en el mercado. La organización del conocimiento aparece, ordinariamente, encauzada por las obligaciones de información, que es consustancial al bien jurídico que se cede y la de no competencia, para permitir su recreación por el comprador.

Cuando el fondo de comercio no se transmite como un elemento autónomo puede concurrir junto con la transferencia de la empresa en su totalidad o parte de la misma (venta de una rama de actividad). La transmisión onerosa de la unidad económica refleja el fondo de comercio en sentido amplio, comprendiendo las operaciones de fusión, absorción, escisión total o parcial, aportación no dineraria.

En la adquisición de empresa, por cualquiera de las formas, o parte de la misma, la valoración del fondo de comercio es la diferencia entre el importe satisfecho por la compra y la suma de los valores identificados de los activos individuales adquiridos menos los pasivos asumidos en la adquisición.

171. LAORDEN, J.-ARQUÉS, J., *Comentarios al Impuesto sobre sociedades, T I*, Madrid, 1998, en Amortización del inmovilizado, G. Gutiérrez-M. Villaró-P. San José, p 400.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

“... el exceso del importe satisfecho respecto de la suma de los valores reales de los activos tanto tangibles como intangibles que se puedan identificar, transmitidos menos los pasivos asumidos puestos de manifiesto en la transmisión onerosa de una explotación económica”.<sup>172</sup>

Precisamente, el fondo de comercio es el excedente del organizador que no puede individualizarse sino en su capital de conocimiento activo, justificante suficiente del mayor valor(precio) que el tercero está dispuesto a reconocer y pagar. El mérito como factor no identificable.

Pero, el interrogante es por que razón hay un comprador dispuesto a pagar más que lo que resulta de la contabilidad de la empresa.

Se afirma que en la valoración subyace la idea de los superbeneficios futuros a conseguir: el beneficio adicional que se obtendrá sobre lo que se considera un beneficio normal o medio en el sector.

El argumento, sin embargo, no es persuasivo. Eso que se paga demás retribuye exclusivamente el resultado de la organización, en el pasado y actualmente. La motivación no es otra que la de adquirir información para ganar tiempo. La compra de la empresa (o del fondo de comercio aislado) es el atajo para mejorar la competencia en el mercado. Aquello que interesa es el núcleo económico que conforma la ventaja del bien (o de la empresa) objeto de adquisición.

La operación jurídica tutela, justamente, la plena información al comprador y la no competencia, la reserva del conocimiento, en el vendedor, una vez fijado el precio para ambas partes.

La iniciativa económica no ampara, en ningún caso, el beneficio del agente económico; solo las condiciones regulares de competitividad.

“No puede ser tutelado en cuanto tal, el interés a conseguir un beneficio (interés que el sujeto normalmente tiene y que constituye una seña de la figura del empresario...) porque una tutela de ese tipo constituirá la negación de la libre competencia, aunque puede ser tutelado y lo es efectivamente, el interés a la gestión libre y exclusiva del complejo de bienes, o sea, para su utilización en una finalidad productiva”.<sup>173</sup>

El fondo de comercio es el núcleo de la gestión libre y exclusiva de la organización y la materia sustancial de su protección esta en la prohibición de la competencia desleal, porque es por su debilitamiento o degradación que se perturba la regla básica del mercado, at arm's length.

172. SEGARRA TORMO, S., *Tratamiento Fiscal del Fondo de Comercio en la Ley 43/1995 cit.*

173. NICOLÓ, R., Art. cit, p 393.

El beneficio es la consecuencia fisiológica de la actividad productiva, pero, sin que en su ausencia pueda cancelarse el mérito del organizador, la suma de su conocimiento aplicado.

Por lo tanto, la adquisición del fondo de comercio pretende el ahorro de tiempo mediante la compra de información y la exclusión de la competencia específica del vendedor, histórica y actualmente estimada.

Esto podrá o no redundar en superbeneficio futuro; pero, dependerá solo de la capacidad de organización del comprador, cualquiera que sea el precio pagado por la compra del fondo de comercio.

La adquisición del fondo de comercio puede, entonces, afrontarse como la transmisión a título oneroso de un bien jurídico inmaterial cuyo contenido es la información histórica y actual de la organización, con el propósito de anular su ventaja competitiva aumentando la propia.

El beneficio futuro del comprador es un tema en el que el ordenamiento jurídico no entra, le es ajeno. Es el mercado, en leal competencia, el que podrá confirmar o desmentir su beneficio futuro derivado de la operación en cuestión, con prescindencia de su motivación en ese sentido.

La idea del superbeneficio lleva a situaciones incongruentes.

Primero, el coste de la compra del fondo de comercio se transforma en beneficios futuros para el adquirente a resultas del activo inmaterial que representa.

El fondo de comercio latente, intrínseco, no es activo inmaterial ni apto para generar ingresos futuros para su creador y gestor, a menos que lo transfiera, en cuyo caso el gasto del periodo afectado a su mantenimiento y crecimiento se convierte en coste amortizable, para el comprador.

Una de las dos: o el fondo de comercio es activo inmaterial siempre o no lo es nunca. Es contradictorio interpretar que el mismo bien jurídico inicia bajo una determinada cualidad y naturaleza y culmina bajo otra totalmente diferente. Si después es activo inmaterial depreciable, es porque lo ha sido antes.

Segundo, el fundamento del superbeneficio futuro tropieza en la noción de fondo de comercio negativo; en el momento en que el precio satisfecho es inferior al valor contable del patrimonio adquirido.

“Cuando la explotación económica atraviesa una situación difícil el precio de compra-venta puede ser inferior al valor de los elementos transmitidos.

La parte adquirente es consciente de que no obtendrá los rendimientos normales de mercado, por lo menos a corto plazo. En estos casos el Fondo de Comercio sería negativo”.<sup>174</sup>

174. SEGARRA TORMO, S., cit.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Es obvio, a menos a que se conciba como un acto de fe, que la idea subyacente no puede ser el superbeneficio futuro. En verdad, no hay, en perspectiva, superbeneficio sino, por el contrario, pérdidas o gastos futuros.

La adquisición del fondo de comercio, cualquiera que sea la contraprestación establecida con referencia al patrimonio empresarial no cabe explicarlo bajo la expectativa del superbeneficio futuro, sino concretamente, porque vuelve a plantearse la ventaja competitiva que su contenido proporciona al comprador y esto tiene que ser con la organización histórica y actual del negocio antes que con la proyección hacia delante.

La conclusión es que nunca el fondo de comercio es absolutamente negativo, puesto que siempre proporciona la información que permite ahorro de tiempo y más valor para el adquirente. En otros términos,, el activo inmaterial siempre hace la diferencia.

Por añadidura, la norma mercantil y contable recurren a una explicación forzada, ya que, se dice, atendiendo el principio de prudencia valorativa se debe contabilizar dotando una Provisión para Riesgos y Gastos por la totalidad del fondo de comercio negativo. (art. 38.1. c. Cco y Resolución del ICAC 21/01/1992 norma 5ª). Si se parte que la provisión se dota para recoger pérdidas potenciales o reversibles es fácil resumir que la dicha solución no tiene nada que ver con la ventaja competitiva comprada. La crisis de la unidad económica o el negocio a precio irrisorio demuestran, justamente, que el interés por el fondo de comercio es independiente de tales circunstancias y su cesión comportará siempre un beneficio para el comprador, sea eliminando un competidor o impidiendo la entrada de otro, que, por tal razón, se trata de una renta de monopolio.

### 1.4.1. Amortización del Fondo de Comercio Adquirido

El fondo de comercio solo en cuanto sea objeto de adquisición es considerado un activo inmaterial sujeto a amortización. La norma contable y mercantil apuntan a una amortización sistemática sin que pueda exceder del periodo durante el cual dicho fondo contribuye a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años. Siempre que la vida útil sea mayor a cinco debe justificarse en la memoria. (PGC Norma de Valoración 5ª, Resolución de ICAC de 21 de enero de 1992 de Inmovilizado Inmaterial).

La norma mercantil (art. 194.2 y 3 LSA) impide la distribución de dividendos hasta que el fondo de comercio (y los gastos de I+D) estén totalmente amortizados, a menos que, el importe de las reservas disponibles sea como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados.

Las claves de la disciplina pueden explicarse en la existencia de un activo inmaterial que es fuente o causa de beneficios futuros hasta el límite de diez años. Pero, siendo reconocido y aceptado que el cálculo de la vida útil es subjetivo y arbitrario, puesto que

el riesgo y la volatilidad acompañan su desarrollo, resultaría más razonable medir su historia anualmente, comprobando el mayor o menor valor aportado a la organización, entre la depreciación reversible y la depreciación irreversible. Dejar a opción del agente económico la alternativa de la provisión de activo, disminuyendo el valor del fondo de comercio con respecto al de mercado o la amortización por depreciación irreversible, cuando sea evidente y comprobada.

Lo importante es que, sea intrínseco o adquirido, el fondo de comercio se refleje en las cuentas de la empresa como corresponde a su naturaleza, vale decir, como activo inmaterial, sometido, en lo específico, a una vida útil aleatoria, azarosa e incierta.

En esta dirección, como ya se dijo, acude la contabilidad de los EE.UU., permitiendo no aplicar el gasto amortizable al fondo de comercio, si bien solo cuando se adquiere, sin que sea preceptivo su sistemática y el ciclo plurianual de vida útil. A cambio exige la corrección valorativa por pérdida de valor (impairment) a la culminación del ejercicio.

“...las empresas tendrán la flexibilidad para determinar cuando su fondo de comercio se deprecia y amortizarlo en ese momento si la necesidad es clara y obvia. Esto esencialmente significa que las empresas pueden reflejar el fondo de comercio en sus cuentas, pero están obligados a amortizar solo cuando el fondo pierde valor... Mediante estas reglas habrá pequeñas amortizaciones del fondo de comercio y, como resultado, escasos efectos sobre los beneficios. Las empresas con elevado importe de fondo realizarán sustanciales incrementos en sus ganancias”.<sup>175</sup>

Desde la perspectiva teórica aparece convincente prescindir del periodo artificial de atribuir una vida útil teórica al fondo de comercio, salvo en aquellos casos, tales como patentes y marcas, en los que hay una vida legal que puede identificar su proyección de utilidad. Pero, es más relevante, la sumisión anual del fondo de comercio a su confrontación con el valor de mercado, determinando su crecimiento o decremento, en los límites, no obstante, del fondo de comercio adquirido, que no generado.

En el fondo, es la amortización según la depreciación justificada de su pérdida de valor y la corrección de su coste contable en los precisos términos de su deterioro o envilecimiento.

Las reglas de la contabilidad americana desprenden, por otra parte, dos consecuencias.

En primer término, la conservación y desarrollo del fondo de comercio, por sobre su valor contable, estimula la afectación de recursos inmateriales, dirigidos a la creación de

175. BOYDEN LAMB, R., *The Role of intellectual property and intangible assets in merger and acquisitions*, 2.39, en L. Bryer-M. Simensky, “Intellectual property assets in merger and acquisitions”, cit. La medida beneficia, además, al accionista incrementando la ratio de beneficio por acción y otorga una ventaja competitiva a las empresas que pueden eliminar el gasto amortizable de sus cuentas de resultados, siempre que no se produzca la pérdida de valor (impairment).

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

valor de la organización. La amortización anual, en caso de pérdida de valor, puede interpretarse como detrimento del capital organizativo, perjudicando, en ese caso, los beneficios de explotación.

El activo inmaterial opera sobre las pérdidas y ganancias solo cuando debe recuperarse y recobrase de su disminución respecto al valor de mercado.

En segundo lugar, si bien solo se acepta la premisa de la adquisición, nada obsta, a partir del criterio general, a aceptar que esto mismo podría servir para el fondo de comercio intrínseco.

En efecto, renunciando a la vida útil, como artificio contable, hay un dato que puede configurarse, sea a través de indicadores monetarios o no monetarios, año a año, que permitiría la comparación intertemporal sobre su evolución en el sentido de creación o destrucción de valor (de capital) inmaterial. Y esto sin que sea preceptivo la transacción previa, sino el valor ponderado, estimado, de la innovación desde su planteamiento inicial, como idea, hasta su articulación e implementación. La destrucción de valor afrontaría la insuperabilidad de las pruebas en orden a su viabilidad o factibilidad, sea económica, técnica o comercial.

De forma que, hay un activo inmaterial –el fondo de comercio generado o adquirido– que une y vincula su amortización solo y a la corrección valorativa, de comprobación anual. Aquellos elementos que unen y vinculen su vida útil a la vida legal se capitalizan en conformidad. Queda claro que el fondo de comercio asume como condición la aleatoriedad de su contenido y la incertidumbre de su resultado.

Básicamente, porque no hay garantía para el azar y los imponderables mandan.

### 1.5. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO

La amortización puntual del fondo de comercio en el momento en que se produce el empeoramiento del valor del activo inmaterial puede ejercitar un efecto precio en las acciones de la entidad, estimulando la ratio de ganancia por acción. El menor gasto amortizable puede desplazarse sobre la acción en forma de mayor beneficio.

El fondo de comercio financiero es el sobreprecio satisfecho por la adquisición de participaciones en capital por encima de su valor teórico contable. El sobreprecio se entiende que corresponde al fondo de comercio no contabilizado en la entidad y mientras se posean las acciones o participaciones.<sup>176</sup>

176. LAÓRDEN, J.-ARQUES, J., Op. cit, p 419, CARO, A., *Amortización de fondo de comercio financiero* en Carta Tributaria, 15-01-2000.

La importancia del concepto radica en que implica, por vías no siempre claras, la admisión formal del fondo de comercio intrínseco o generado de la organización, a la hora de su transformación en mayor valor pagado por las transmisiones de las acciones o participaciones que le contienen.

La teoría contable se apoya en una contradicción, puesto que niega y acepta simultáneamente la preexistencia del fondo de comercio anterior representado en la plusvalía del título, permitiendo, no obstante, a efectos de la valoración de la inversión que se dote una provisión por depreciación por la diferencia: se toma el valor teórico corregido con el importe de las plusvalías tácitas existentes, o sea, identificando éstas con el fondo de comercio preexistente.

El razonamiento parte de la premisa que aún cuando el precio de adquisición de la acción o participación puede ser superior al valor teórico contable, no puede aceptarse que exista un fondo de comercio transmitido ya que no hay una transferencia física de activos y pasivos o una de la explotación económica en su conjunto. Y así el ICAC afirma: “el tratamiento establecido para el fondo de comercio no será válido en caso de adquisiciones de acciones o participaciones de otras empresas...” (Introducción de la Res. ICAC del 21 de enero de 1992 del inmovilizado inmaterial).

Ese mayor valor, se nos dice, no puede concebirse como el valor de la transmisión implícita del fondo de comercio, porque no puede despegarse el fondo de comercio de la unidad económica de explotación del cual depende y se alimenta.

La ortodoxia contable, sin embargo, cede ante la realidad de un sobreprecio, que no tiene justificación, a menos que el comprador está pagando por la acción o participación algo más que su valor teórico contable. El comprador busca la adquisición de intangibles de los que carece a través del sobreprecio: la diferencia es el fondo de comercio, aunque no adquiera la explotación económica, sino la titularidad del capital social.

Y de ahí deriva la contradicción, por lo que, después de la negativa, la teoría contable se ve obligada a considerar, si bien por vía indirecta, que esa diferencia no es otra cosa que el fondo de comercio intrínseco, incorporado al título valor.

El fondo de comercio intrínseco, no reconocido contablemente, hay que tenerlo en cuenta para valorar la inversión y dotar las provisiones de activo por depreciación.

En primer lugar, para determinar el importe de la provisión por depreciación la inversión se valora comparando el precio de adquisición con el valor teórico contable corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición, y que subsistan en el de la valoración posterior y atendiendo la evolución de los fondos propios de la sociedad participada.

En segundo lugar, para el caso en que se identifique la plusvalía tácita con el fondo de comercio de la sociedad participada, habrá que considerar que dicha plusvalía se

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

deprecia al menos en el importe que como mínimo se debe amortizar el fondo de comercio.

“En definitiva, si la plusvalía tácita se identifica con el fondo de comercio de la sociedad participada, a efectos de la dotación a la provisión por depreciación de la participación en el capital de la misma habrá que aplicar idéntico criterio que si se hubiera registrado el fondo de comercio adquirido onerosamente y que hay que entender incluido en el precio de adquisición, por lo que al menos, en lo que corresponde a dicho elemento se habrá depreciado en un quinta parte o como mínimo en un diez por ciento siempre que se justifique en la memoria de ampliación del plazo, sin perjuicio de considerar una depreciación mayor si existen circunstancias que así lo ponen de manifiesto (ICAC Resoluciones 21-01-92, 17-07-93).

El sobreprecio pagado puede representar el fondo de comercio como si se hubiera adquirido onerosamente y por separado. So pretexto de valoración de inversión y provisión de depreciación aflora el fondo de comercio autogenerado en el mayor valor satisfecho por las acciones o participaciones de la entidad.

Por lo tanto, la adquisición del fondo de comercio pretende el ahorro de tiempo mediante la compra de información y la exclusión de la competencia específica del vendedor, histórica y actualmente estimada.

Esto podrá o no redundar en superbeneficio futuro; pero dependerá solo de la capacidad de organización del comprador, cualquiera que sea el precio pagado por la compra del fondo de comercio.

La adquisición del fondo de comercio puede, entonces, afrontarse como la transmisión a título oneroso de un bien jurídico inmaterial cuyo contenido es la información histórica y actual de la organización, con el propósito de anular su ventaja competitiva aumentando la propia.

### **1.5.1. Provisión por depreciación de valores en el Fondo de Comercio Financiero**

La deducción de la dotación por depreciación de los títulos de participación en fondos propios de entidades que no coticen en un mercado secundario organizado no pueden exceder de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio, considerando las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas. (LIS art. 12.3).

El problema consiste en la situación de sobreprecio de adquisición por las participaciones respecto a su valor teórico contable.

Es el denominado fondo de comercio financiero.

La Administración tributaria describe literalmente su respuesta: no supone la adquisición de un fondo de comercio en sentido estricto la parte del precio de adquisición de la participación en el capital de otra sociedad que excede de su valor teórico, por lo que no es amortizable por décimas partes. Sería deducible la provisión contable de esa participación con el límite de la diferencia entre los valores teóricos contables al inicio y al cierre de la sociedad participada. (D.G.T. 5/7/1996; 18/9/1996).

La interpretación administrativa es compartida por alguna doctrina, al sostenerse que la dotación a la provisión por depreciación del sobrevalor pagado por la participación no es deducible, como si la norma tributaria fuera más restrictiva que la contable, que sí lo admite.<sup>177</sup>

La norma de valoración 8ª del PGC determina la dotación de la provisión cuando el precio de adquisición sea superior al importe que resulta de aplicar criterios valorativos racionales admitidos. En concreto, de la división del patrimonio neto por el número de valores surge un valor teórico contable de las participaciones que necesariamente debe corregirse en más, con el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la compra y que subsistan al cierre del ejercicio.

Se dota, entonces, la provisión por la diferencia cuando el importe de los valores sea superior a su valor teórico. El valor teórico queda rectificado en la cuantía de la plusvalía tácita existente. Y, si la dicha plusvalía se identifica con el fondo de comercio de la participada, habrá que admitir que se deprecia al menos en el importe que como mínimo debe amortizarse el fondo de comercio.”...si la plusvalía tácita se identifica con el fondo de comercio... de la participada a efectos de la dotación a la provisión por depreciación... habrá que aplicar idéntico criterio que si se hubiera registrado el fondo de comercio adquirido onerosamente, y que hay que entender incluido en el precio de adquisición”.<sup>178</sup>

La restricción administrativa tributaria no resulta fundada. Por un lado, porque la norma contable es explícita (y prevalece) al establecer que las plusvalías tácitas identificables con el fondo de comercio –el sobreprecio pagado por el título- equivalen a la adquisición onerosa del mismo. Por otro, debe dotarse una provisión por depreciación por el exceso de plusvalía pagado sobre el valor teórico, puesto que dicha plusvalía es depreciable al menos en el importe amortizable del fondo de comercio.

La dotación para la provisión por depreciación tiene un contenido propio contable y, que, como bien se afirma, “es incuestionable en la determinación de la cuantía de la

177. PONT, M.-PONT CLEMENTE, J.F., Op. cit, p 100; *El nuevo Impuesto sobre Sociedades*, 4, Madrid, 1995 a cargo de F. CASTELLANO REAL-J.J.PEREIRA RODRIGUEZ, p 204.

178. ICAC Res. 21/1/1992, LAÓRDEN, J.-ARQUÉS, J., Op. cit, p 520.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

dotación deducible... la delimitación de la cuantía deducible de la provisión se realiza siempre sobre la regulación contable".<sup>179</sup>

Asimismo, tampoco aparece razonable rechazar la amortización del fondo de comercio financiero, aceptándolo cuando no lo es.<sup>180</sup>

Pero, peor todavía, cuando el nuevo número 5 del artículo 12 de la LIS acepta la deducción del 5% anual del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en el capital de entidades no residentes. Obviamente, si esto es aceptado, no puede discriminarse sobre situaciones análogas relativas a entidades residentes.

### 1.5.2. Fondo de comercio financiero para entidades no residentes

El fondo de comercio financiero y sus efectos en el IS no son los que afirma la Administración tributaria, cuando se trata de entidades no residentes.

Esta fragmentariedad de tratamiento no puede sino abocar a dudas razonables sobre su justificación, sea en términos de igualdad tributaria entre residentes y no residentes cuanto en ayuda estatal lesiva (art. 87 T. UE) para los no residentes y residentes.

Pero, por encima de tales interrogantes, se acepta expresamente la disciplina contable (y fiscal) del fondo de comercio financiero, sobre cuya existencia y consistencia, despeja todo género de dudas.

La LIS (art. 12.5) regula la deducción del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones en entidades no residentes, cuyas rentas puedan acogerse a los requisitos establecidos en el art. 20 bis LIS: su porcentaje de participación en los fondos propios de la no residente debe ser de al menos el 5%; ésta debe estar gravada por un impuesto idéntico o análogo al IS y no residir en un paraíso fiscal y su actividad dominante debe ser empresarial.

La exención concede el beneficio a los dividendos de fuente extranjera y las plusvalías derivadas de la transmisión de valores representativos de fondos propios de las mencionadas entidades.

A partir del 1-01-2002 puede deducirse el fondo de comercio financiero resultante del sobre precio pagado por la adquisición de participaciones de entidades no residentes.

La determinación de la cantidad deducible de la base imponible del IS adopta el siguiente procedimiento:

---

179. CHECA, C., y Otros, Op. cit, p 141.

180. CARO, A., *Amortización del fondo de comercio financiero*, cit.

Primero, debe calcularse la diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico contable de la participación. (La división entre el capital más las reservas y el número de acciones).

Segundo, la diferencia se imputará a los bienes y derechos de la no residente en conformidad con el régimen de cuentas anuales consolidadas (RD 1815/1991 de 20 de diciembre). Es decir, la imputación provocará el aumento de valor de los activos o la reducción de los pasivos y hasta el límite asignable a la compradora por la diferencia entre el valor contable y el de mercado de los elementos patrimoniales en causa.

Tercero, todo lo que no es imputable a los elementos patrimoniales será fondo de comercio. El fondo en el importe de la diferencia no atribuida a los bienes y derechos de la entidad es deducible de la base imponible con el límite anual máximo de la veintea parte de su cuantía (exactamente en su cantidad amortizable).

La construcción fiscal recorta el efecto del fondo de comercio en cuanto a su ámbito y extensión, respecto a la interpretación contable. La plusvalía tácita no contabilizada reúne en su conjunto la calificación de fondo de comercio (intrínseco, implícito, subyacente) sea en su origen fruto de la distancia entre el valor contable de algunos activos con el valor de mercado o directamente atribuibles al crédito o mérito contenido en la compra de las participaciones en la entidad.

La solución ofrecida por la norma tributaria obedece a razones meramente recaudatorias, tendiendo a limitar el alcance del fondo de comercio solo en la medida de lo que queda después de la actualización de los bienes y derechos del activo. Aún y así supone la aceptación del fondo de comercio implícito y su equiparación técnica al que se adquiere onerosamente.

El fondo de comercio financiero, aún no contabilizado, justifica la deducción del gasto fiscal. Es, como decimos, una expresa admisión de la existencia de un fondo intrínseco, autogenerado, productivo de efectos tributarios.

Asimismo, como una consecuencia indeseada, se suscita la contrariedad en la articulación de la dicotomía establecida en la norma tributaria, dividiendo la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable en diferencia imputada y diferencia deducible fiscalmente como fondo de comercio financiero, y la compatibilidad permitida con la deducción por dotación de la depreciación de participaciones (LIS art. 12.3).

En efecto, el límite de la cuantía en esta deducción, por el legislador tributario, no cuestiona que la cuantía de la dotación en si misma debe ajustarse a la norma contable.<sup>181</sup>

181. DÍAZ YANES, I., *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, Valencia, 1996, p 213.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Y, en lo que aquí interesa, la contabilidad no practica la dicotomía sobre las plusvalías tácitas (no contabilizadas), que, a efectos de la dotación a la provisión por depreciación se identifica con el total fondo de comercio. El valor teórico de la acción es la base a la que se debe añadir el importe de la plusvalía tácita (no contabilizada) existente en el momento de la adquisición y que subsistan en la fecha del balance.

Esta plusvalía tácita, cualquiera que sea su origen responde a unidad: individualiza el fondo de comercio contenido en la participación adquirida. El exceso de plusvalía pagado por sobre el valor teórico es el fondo de comercio y es la cuantía que manda en la dotación a la provisión por depreciación, sin perjuicio del límite fiscal, subordinada a la regla contable.

La pregunta a formularse consiste en si el importe de la diferencia a tener en cuenta, compatible con la provisión por depreciación, es toda la diferencia entre el precio de compra de la participación y su valor teórico o solo aquella parte de la diferencia no imputada a los bienes y derechos de la sociedad.

La lógica contable ( y jurídica) indica que la diferencia deducible compatible con la dotación por depreciación de valores debe ser la única y por su total verificado. No es ésta, sin embargo, la ratio de la norma fiscal, que recorta el contenido del fondo de comercio, de la plusvalía tácita, a la diferencia entre el sobreprecio pagado sobre el valor teórico del título y el mayor valor de los bienes o derechos de la entidad participada.

En suma, hay una discrepancia en la fijación de la cantidad depreciable, que es única, y amortizable, y en el plano tributario que es doble o dicotómica. Y no se trata solo de una limitación fiscal a la cuantía de la deducción, como en el caso de la dotación por depreciación; sino, de una disposición fiscal que interfiere en el ámbito contable, contradiciendo las normas mercantiles (RD 1643/1990 de 20 de diciembre P.G.C.).

Caben además dos apuntes adicionales.

Primero, la aceptación, si bien parcial, del fondo de comercio financiero no puede justificar su restricción a la compra de participaciones de entidades no residentes. El reconocimiento debe comprender, también, en consonancia con la norma mercantil y contable, la misma operación con las entidades residentes.

La disparidad de tratamiento a paridad de circunstancias de hecho abunda en reparos de cara al principio de igualdad tributaria (art. 31. C.E.).

Segundo, el estímulo a la internacionalización de las entidades residentes no deja de suscitar dudas en términos de su legitimación respecto a la competencia fiscal lesiva (prohibida) trámite la ayuda de Estado (art. 87 T.U.E.). La creación de un beneficio fiscal que solo atiende a las entidades residentes para su proyección internacional bien

puede entenderse como un elemento distorsivo de la competencia en el marco comunitario.<sup>182</sup>

La deducción del fondo de comercio financiero es incompatible con la deducción por actividades de exportación.

La adquisición de participaciones de sociedades extranjeras dan derecho a practicar una deducción del 25% de la inversión de la cuota íntegra del impuesto (art. 34 LIS)

### **1.5.3. Las participaciones en el capital entre transmitente y adquirente en el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. El artículo 103.3. LIS**

El artículo 103.3 LIS contempla el supuesto de fusión en el que la entidad adquirente posee una participación de al menos el 5% en la transmitente.

El exceso de precio de adquisición de la participación sobre su valor teórico recibe un tratamiento dicotómico, como en el caso del fondo de comercio financiero explicado en precedencia.

La diferencia se fractura en dos partes:

Primero, la imputación de la diferencia a los bienes y derechos adquiridos cuyo valor de mercado sea superior al valor contable. Segundo, la parte no imputada (el fondo de comercio financiero) será fiscalmente deducible, con el límite anual máximo de la veinteva parte de su importe.

Con la finalidad de evitar maniobras elusivas se establecen limitaciones cuando se trate de adquisiciones a no residentes, o, que la entidad adquirente y la transmitente no formen parte de un grupo fiscal ex. Art. 42 CCo. Las limitaciones responden, a excepción del último caso, a la presunción relativa atinente a la tributación efectiva y previa de la diferencia en España, prueba que permitiría su destrucción.

En el mismo sentido ya apuntado, la dicotomía fiscal no es congruente con la lógica contable (y jurídica) del tratamiento del fondo de comercio.

El sobre precio de la participación respecto a su valor teórico puede representar únicamente el fondo de comercio depreciable en los términos mercantiles y contables conocidos.

La deconstrucción del fondo de comercio –la diferencia– en dos partes no tiene carácter ineluctable.

182. ROSEMBUJ, T., *Derecho fiscal Internacional*, Barcelona, 2001.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

“...la inversión en el capital figurará en todo caso por su precio de adquisición, y se registrará... sin que puedan registrarse separadamente el valor de los elementos patrimoniales que componen dicho importe, y en particular el fondo de comercio.

Todo ello sin perjuicio de que a efectos de calcular las correcciones valorativas que le pudieran corresponder, deberán tenerse en cuenta las plusvalías existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración posterior”, (ICAC Consulta 3/30 Noviembre 1996).

El fondo de comercio es todo y único: la diferencia (contable) sirve para fijar la amortización mercantil, mientras que no ocurre lo mismo con la fiscal que la recorta en base a la discrepancia entre el valor contable del elemento patrimonial y su valor de mercado (aumento de valor de activos o reducción de los pasivos).

Pero, tal corrección valorativa, en cualquier caso, es distinta del tratamiento del fondo de comercio, y, siempre, posterior.

Esto queda en evidencia en el badwill. La figura se propone cuando la entidad adquirente no obtiene una diferencia positiva sino negativa entre el precio de adquisición y el valor teórico de la participación.

El sobreprecio pagado resulta superior al valor teórico de la participación anulada. La pérdida sobrevenida, el quebranto acusado, no tiene otra consideración que la de fondo de comercio fiscalmente deducible en el límite anual máximo del 20% de su importe.<sup>183</sup>

Por ello, si hay fondo de comercio positivo todo es renta positiva amortizable, del mismo modo que si se produce el fondo de comercio negativo, todo es pérdida amortizable, o, provisionable si no fuera irreversible.

En suma, cuando la diferencia entre el precio de adquisición del título y su valor teórico es positiva se produce una plusvalía tácita (no contabilizada) susceptible de deducción amortizable en el sentido mercantil y contable. A la inversa, cuando la diferencia es negativa puede dar lugar, si no es duradera, a una provisión por depreciación, o a la depreciación efectiva probada si fuera irreversible. Por que siempre el eje es el fondo de comercio un concepto que no puede renunciar a su fisonomía propia.

183. LAORDEN, J.-ARQUÉS, J., Op. cit, p 1929; salvo que se pruebe una depreciación irreversible mayor.

SEGARRA TORMO, S., Art. cit, “Esta pérdida no tiene principio, ni la consideración de gasto contable, ni la de partida fiscalmente deducible, en la medida en que se le asocie al fondo de comercio de la sociedad absorbida.

## 1.6. EL FONDO DE COMERCIO INICIAL. LOS GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO

La norma mercantil y contable postulan la amortización de los gastos de primer establecimiento en un plazo de cinco años. (art. 194.1 TRLSA y norma de valoración 6ª PGC) y las dotaciones que se realicen constituyen partida fiscalmente deducible conforme al art. 11.1 LIS.

De modo que hay gastos activados que se amortizan durante un periodo plurianual y cuyo importe es deducible en el ejercicio en que se contabilice, y, ello a pesar de su no regulación en la norma tributaria.<sup>184</sup>

Estos gastos amortizables que proyectan sus efectos durante varios ejercicios se contabilizan en el activo y, por naturaleza, tienen la propiedad del inmovilizado inmaterial. No es un activo ficticio, sino un activo inmaterial del que se beneficia la organización y que, a resultas, es amortizable.

El derogado RIS (art. 69) atina en la definición de los gastos de primer establecimiento como gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad.

Los gastos de primer establecimiento, en nuestra aproximación, equivalen al programa de la organización para su puesta en marcha hasta el momento de inicio de la actividad productiva, entre otros, estudios preliminares, publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución del personal. En suma, toda la inversión, humana y económica, que requiere el comienzo de la actividad organizada.

Los gastos de primer establecimiento son los que corresponden al coste del primer fondo de comercio.

Se trata de un activo amortizable en la medida que proporciona la consistencia primaria al fondo de comercio. La idea del fondo de comercio intrínseco aparece en la norma contable y mercantil mediante el gasto de establecimiento. Es un coste de tendencia superior al ejercicio que acumula un capital (el capital intelectual proyectado) destinado a servir de impulso a la organización creada “debido a la energía laboral del empresario que ha gastado y que no se corresponde con un objeto determinado y concreto de su patrimonio” (F. Ferrara).

Los gastos de establecimiento son la inversión necesaria para la creación de valor por la organización y su reconocimiento mercantil y contable significa el del fondo de comercio autogenerado, si bien en estado naciente y con esto pretende señalar la fundación intangible de la organización, aún fuera del mercado, como fuente potencial de riqueza. El programa de la organización revela que la organización ya existe, aunque sea

184. PONT MESTRES, M-PONT CLEMENTE, J.F., Op. cit, p 95.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

en embrión. Y el gasto inicial, antes de la actividad productiva en sentido estricto, es una inversión inmaterial, un activo amortizable, susceptible de producir rendimientos. La actividad preliminar y previa es indisociable del proyecto de organización que se aspira a llevar a cabo. Es la idea del inventor, la innovación del autor, el ingenio del organizador. En suma, es el primer fondo de comercio.

Si así no fuera tendríamos motivos para sostener que se tratan de activos ficticios o gastos imputables a los resultados del ejercicio, gastos corrientes, frente a su recomendada capitalización. Y lo que despierta la atención es que la capacidad para generar ingresos futuros de los gastos de establecimiento reposan en su absoluta incertidumbre. Es más, los gastos de establecimiento susceptibles de amortización pueden activarse precisamente porque como parte del fondo de comercio están dirigidos a servir a la actividad de modo duradero.

La IVª Directiva 78/660/CEE de 25 de julio de 1978 no excluye que los gastos de establecimiento sean la primera partida de las inmovilizaciones inmateriales y sanciona, de esta forma, la identidad del gasto amortizable como el fondo de comercio inicial de la organización.<sup>185</sup>

No obstante, una cierta y constante posición distingue respecto a la amortización de los gastos de establecimiento. Recientemente se afirma que la imputación de los gastos de establecimiento no es una expresión de amortización, sino que, por el contrario, lo que representa es “una periodificación de un gasto para su cómputo racional en paralelo con los ingresos que los originen”.<sup>186</sup>

El equívoco, a mi juicio, está en la adopción literal del gasto de establecimiento en su aceptación o carácter plurianual, como si fuera un mero gasto corriente, y, por ello, en teoría, imputable al ejercicio en que se verifica, pero, que no puede ser, porque sus efectos se proyectan durante varios periodos.

El gasto de establecimiento, en sentido estricto, no es un gasto ordinario, sino un capital inicial del fundador, la inversión en el programa de la organización que se pretende poner en marcha. Y es ilustrativo que, entre los llamados como tales en el derogado RIS, estuvieran los estudios preliminares de naturaleza técnica y económica; gastos de publicidad y de lanzamiento; captación, adiestramiento y distribución de personal, o sea, los gastos destinados a fundar el capital organizativo de la empresa.

185. En contra VALLVERDÚ, J-CASTILLO, F.J., Op. cit, pp 306-376, defendiendo el saneamiento anual, que no la amortización, durante un periodo de tiempo, porque no consideran que tales gastos de establecimiento sean amortizables.

186. CHECA, C., y Otros, Op. cit, p 91; VALLVERDÚ, J-CASTILLO, F.J., Op. cit, p 376, gastos que son objeto de saneamiento anual, cuyo importe se distribuye de forma racional y uniforme durante un periodo de tiempo.

El gasto de establecimiento es, en su estado puro, la energía invertida por el fundador para crear su proyecto. Y esa idea previa tiene un coste y supone un valor, un activo capitalizable. A tal punto que todo lo que confunde el gasto de establecimiento o algunos de sus elementos podría ser, en ese momento, objeto de tráfico jurídico patrimonial, con la particularidad que la actividad aún no está en funcionamiento efectivo.

Por eso no es arriesgado proponer que el fondo de comercio intrínseco de una organización sin clientela ni mercado se denomina gasto de (primer) establecimiento. Y, pese a su futuro incierto, es un bien inmaterial amortizable en un periodo de tiempo quinquenal. En suma, la norma mercantil y contable reconocen, aunque sin afirmarlo, el primer fondo de comercio autogenerado.

### 1.6.1. Régimen de la investigación y explotación de hidrocarburos

Los trabajos previos geológicos, geofísicos y sísmicos y las obras de acceso y preparación de terrenos, así como los sondeos de exploración, evaluación y desarrollo y las operaciones de reacondicionamiento de pozos y conservación de yacimientos.

Estos conceptos aparecen reunidos dentro de la categoría de activos intangibles y gastos de naturaleza investigadora (art. 120 LIS).

La particularidad de la disciplina consiste en que pueden amortizarse con una cuota anual máxima del 50 %, sin que exista periodo máximo de amortización.

Es un ejemplo de fondo de comercio inicial, de gastos de primer establecimiento, sometido a criterios propios de la inversión: trabajos preliminares de resultados inciertos o aleatorios y que sujetan a su naturaleza el concepto de vida útil, siempre que su aplicación pueda tener efecto plurianual.

Se consideran activo inmaterial

## 1.7. EL FONDO DE COMERCIO AMORTIZABLE

El antiguo IS (L.61/78) establecía que el fondo de comercio no se consideraba un elemento amortizable, sin perjuicio del tratamiento de las pérdidas producidas por su envilecimiento o deterioro. Por tanto, la amortización no tenía el carácter de partida deducible, salvo que su depreciación fuera irreversible, efectiva y probada (art. 14 h LIS y art. 66.2 RIS R.D. 2631/82).

La idea es que el elemento amortizable debe señalarse cuando tiene una eficacia económica limitada o un periodo concreto de aprovechamiento. Esto no se produce en el fondo de comercio que no obedece a un concepto estable de vida útil, siendo, como es,

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

esencialmente volátil y cambiante, produciendo tanto demérito o depreciación como incrementos de valor muy importantes.

“La razón de esta limitación –afirma Segarra- podría ser la de que no existe fecha cierta para la extinción de los factores que producen esos resultado atípicos”.<sup>187</sup>

En verdad, el fondo de comercio era una elemento amortizable, si bien en caso de depreciación sufrida y siempre que su importe fuera justificado. No era bastante la contabilización del gasto amortizable, sino que se exigía una evidencia clara de la realidad jurídica de la depreciación o envilecimiento. La carga de la prueba estaba en el contribuyente quién debía demostrar la pérdida de valor con referencia, obviamente, al valor normal de mercado (la pérdida de crédito en el mercado, de imagen, de clientela, de mano de obra calificada, cambio de emplazamiento).

El criterio general no puede refutarse puesto se parte de una premisa correcta cual es el reconocimiento del fondo de comercio “en todo momento en cualquier empresa en funcionamiento” (Quintas Bermúdez). El IS derogado aceptaba la existencia fiscal del fondo de comercio aun que no se pusiera de manifiesto mediante una transacción.

El legislador prohibía la deducción fiscal de amortizaciones periódicas, sistemáticas, del fondo de comercio; admitiendo únicamente la depreciación esporádica o coyuntural probada e irreversible.

La irreversibilidad del envilecimiento se entiende con respecto al periodo en que se produce. Esa pérdida de valor irreversible puede dar lugar, en ejercicios futuros, a incrementos de valor que aprecian el activo inmaterial.

“La consecuencia de todo ello es la de que difícilmente se puede estimar como gasto fiscal, partida deducible, la amortización por alícuotas anuales, sino que el tratamiento más adecuado será el de su regularización al producirse cualquier supuesto de enajenación, sin perjuicio de que si, por causas esporádicas, experimentasen un demérito o depreciación, debidamente justificado, pueda o debe reflejarse contablemente con el consiguiente tratamiento de disminución patrimonial”.<sup>188</sup>

187. QUINTAS BERMUDEZ, V.J., *Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1984, p 259, donde apunta la aceptación de los posibles envilecimientos como gasto, rebajando directamente el saldo de la cuenta de activo.

MORENO CEREZO, F., *Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, Madrid, 1981, p 86.”... no es predicable la amortización por alícuotas anuales –no son depreciables periódicamente- sino que su régimen adecuado es el de envilecimiento, el de demérito justificado, cuando por circunstancias esporádicas se produzca una depreciación concreta, con la exigencia de la debida justificación”.

188. MORENO CEREZO, Op. cit, p 87.

El fondo de comercio intrínseco no se adecua a sistemas de amortización periódica o sistemática, por su propio componente aleatorio e incierto, lo cual no obsta para que la contabilidad recoja su envilecimiento puntual y específico en caso de pérdida de valor.

Esta solución, plenamente válida en el fondo de comercio autogenerado, incluía al que afluía en el momento de la enajenación. Pero, aquí la norma tributaria entraría en conflicto con la mercantil y contable que, a la postre, le imponen una alternativa diferente y, también, restrictiva.

La LIS 43/95 se pliega a la norma mercantil y contable en sus aspectos sustanciales, renunciando a la calificación propia de la disciplina.

A diferencia del anterior, el nuevo IS admite la deducción fiscal de las dotaciones para la amortización del fondo de comercio, pero hasta un límite anual máximo del 10% anual, a pacto que se cumplan dos condiciones. Primero, que el fondo se haya puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso, o sea, excluyendo, en cualquier caso, el fondo intrínseco. Segundo, que la adquisición del fondo no se haya realizado entre personas o entidades vinculadas, en el sentido del art. 42.1 CCO, bajo la presunción absoluta que ello identifica una práctica de elusión fiscal.

El legislador pretende evitar que se produzcan transmisiones en el conjunto vinculado con la finalidad fiscal exclusiva de aprovechamiento de la deducción por amortización y el desplazamiento de beneficios de unas empresas a otras.<sup>189</sup>

No obstante, aunque se trate de un conjunto vinculado, podrá amortizarse el fondo cuando hubiera sido comprado por la transmitente a otra entidad no vinculada.

A partir del 1-1-2002 el límite de la amortización máximo pasa de la décima parte a la veinteava parte.

Por último, la dotación amortizable es deducible, aunque no se cumplan los requisitos legales, siempre que se pruebe la depreciación irreversible del fondo.

La metodología fiscal, en suma, adhiere a la contable y mercantil. Pero, partiendo de una consideración previa relevante: el legislador tributario no duda de la transferencia autónoma e independiente del fondo de comercio, como bien jurídico inmaterial, con referencia a la transmisión global de la empresa o parte de la misma. Sin embargo, reenvía, por todo lo demás, a otros sectores del ordenamiento jurídico, renunciando a su propia finalidad, si la tuviere, como era el caso en el impuesto anterior derogado. Esto

189. C. CHECA GONZALEZ-F. CLAVIJO HERNANDEZ- G. DE LA PEÑA VELASCO-R. FALCÓN Y TELLA-E. SIMÓN ACOSTA; *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 2000, p 114; PONT MESTRES, M-PONT CLEMENTE, J.F., *El Impuesto sobre Sociedades*, Barcelona, 1996, p 94.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

significa que el fondo de comercio existe solo en cuanto se manifieste mediante transacción onerosa entre partes independientes.

Al contrario, el fondo intrínseco permanece, obviamente porque no se puede negar, pero disimulado, aflorando solo en los gastos de establecimiento en el concepto anfibológico del fondo de comercio financiero, y, también, por la depreciación que se pruebe irreversible.

El reconocimiento artificioso de vida útil conduce a fijar su amortización sistemática y periódica, en coincidencia con la legislación reenviada. La amortización por alcúotas anuales no se compadece, verdaderamente, con el contenido aleatorio e incierto del capital intelectual que el fondo representa. Consciente de eso, la norma tributaria se aparta de la legislación reenviada, al conceder la amortización excepcional, cualquiera que sea el importe, renunciando al dudoso anclaje de la vida útil, siempre que la depreciación o envilecimiento del fondo se pruebe como irreversible en el periodo. Precisamente, las dotaciones amortizables pueden deducirse aún cuando el fondo no se haya puesto de manifiesto por adquisición a título oneroso o, inclusive, en el conjunto vinculado, “si se prueba que responden a una depreciación irreversible del mismo” (LIS art. 11.4).

La conclusión es que emerge el fondo de comercio intrínseco que excepcionalmente puede amortizarse y será gasto fiscal, cuando se verifique un demérito debidamente justificado (pérdida patrimonial contabilizada).

El fondo de comercio es amortizable cuando se ha puesto de manifiesto por una adquisición a título oneroso y que la transacción no se haya realizado entre entidades vinculadas en el sentido del artículo 42.1 del Código de comercio. Esto último limita la oportunidad de aprovechamiento fiscal exclusivo del gasto amortizable en el interior del conjunto vinculado; a menos que el vendedor del conjunto vinculado lo hubiera adquirido onerosamente a un tercero no vinculado.

La dotación amortizable del fondo de comercio es deducible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe; a partir de 2002.

En verdad, la solución legal no mejora la del antiguo Impuesto de Sociedades, que, como ya se ha dicho, evitaba la amortización periódica, prefiriendo la depreciación concreta justificada por causa de su envilecimiento esporádico (impairment). Esta justificación ejercicio a ejercicio de la depreciación (LIS art. 11.1 e) acomoda la amortización a la incertidumbre de una vez y para siempre que se adopta con la amortización por alcúotas anuales. Aún más, si se aplica la depreciación efectiva, conforme su comprobación y justificación de ejercicio; también, podría, correlativamente, determinarse, en la misma forma y tiempo, la apreciación del mismo. Convendría, entonces, reflexionar sobre la actuación de una regla similar al “mark-to-market” de aplicación en los derivados financieros.

El núcleo de la regla de maduración o mark-to-market significa relacionar las variaciones de valor, en este caso, del fondo de comercio, realizadas o no realizadas al ejercicio en que tienen lugar. Ello supone evaluación a valor de mercado y su inserción en la contabilidad a cierre de periodo, siempre que no se trate de un valor artificioso alejado del valor de realización efectiva. La valoración de la maduración de valor o desvalor del fondo de comercio, conforme a la regla “mark-to-market”, implican que el contribuyente ha de estar atento al cambio de valor de los intangibles, aún cuando no sean realizados, con lo cual el gasto amortizable depreciable sostendrá, en el curso del tiempo, una relación de simetría con la apreciación sobrevenida, reflejada, asimismo, en el balance de la entidad.<sup>190</sup>

La regla de evaluación de “mark-to-market” se basa en el principio anglosajón de especialidad, aplicable a los activos financieros derivados y consiste en relacionar las variaciones de valor realizadas y no realizadas concernientes al ejercicio contable que les dio origen.

La clave es la posibilidad económica que tiene el sujeto económico de transformar un resultado, sea o no realizado, en resultado realizado.

Por tanto, los activos y pasivos financieros pueden valorarse conforme al valor de mercado y su resultado se contabiliza en la cuenta de explotación al cierre del ejercicio.

El principio de especialidad no es admitido, respecto al principio de prudencia, por los Estados de la U. E. (4ª Directiva 78/660/CEE).

No parece, sin embargo, que el criterio no pueda adecuarse a la evolución de los intangibles, sin que, al tiempo, se sacrifique el principio de prudencia. Ello obligaría a compensar las insuficiencias del coste histórico y de la ineluctabilidad del criterio de realización, ajustándolos al valor de mercado, siempre que éste fuera concebible y facilitará la comparación, en términos de negociación y transparencia. La regla del “mark to market” podría facilitar la evaluación del mercado de intangibles al cierre del ejercicio anual y la integración en la cuenta de explotación de los resultados positivos o negativos que se infieran, aunque no hubiera producido transacción concreta, simplemente, por la maduración. No hay tanta distancia entre lo que propongo y la aplicación del denominado valor razonable a la evolución de los bienes inmateriales en cuanto a su precio de mercado o una estimación aproximativa en su ausencia.

Otro punto a reconsiderar, aunque ya examinado, tiene como referencia a la imposible amortización del fondo de comercio intrínseco, salvo por la vía de los gastos de establecimiento o del fondo de comercio financiero.

190. ARACHI, G., *Problemi di tassazione degli strumenti finanziari derivati*, Milano, 2000; PIERON, A.-BROSENS, J.-COLMANT, B., *Les instruments financiers derives*, Diegem, 1998.

## 2. LA RENTA DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LA PERSONA FÍSICA

### 2.1. EL FONDO DE COMERCIO DEL PROFESIONAL Y EL EMPRESARIO

El presupuesto común de la actividad empresarial y profesional consiste en la actuación independiente o autónoma: el capital humano no está en relación de dependencia, sino que se ejerce sin nexos aparentes de subordinación.

Pero, no conviene identificar ambas clases de actividades. La actividad profesional es una prestación personal y la actividad empresarial es cariz organizativo.

El interrogante consiste en diferenciar el servicio que es consecuencia de la competencia personal y técnica del que lo presta, de la oferta indistinta de servicios (y bienes) que son el efecto de una organización.

La actividad profesional es la disponibilidad en el mercado para desarrollar una cierta práctica ligada a la propia pericia (De Mita). El profesional presta a terceros los servicios de su conocimiento, oficio o habilidad, de contenido idéntico y a partir de su propia capacidad personal. Para que se configure la actividad profesional —a diferencia de la empresarial— no se requiere la idea de organización y su construcción.

Así, aquello que es esencial para el empresario —el capital organizativo— no lo es para el profesional, que es el que organiza su propia oferta directa y personalmente cualificada de servicios, vinculada a su particular crédito o reputación intelectual.

El empresario, en otro sentido, no proyecta su capital humano al objeto de su organización, sino a la propia organización. La pericia del empresario no necesariamente se proyecta, y normalmente es así, en el mercado, sino a través del capital intelectual que ha puesto en funcionamiento merced a su particular proyecto y dedicación personal.

La profesión, en suma, consiste en la inclinación de la organización al componente de calificación personal del que la realiza. La autonomía del profesional se caracteriza por una secuencia insustituible de prestaciones vinculadas a su capital humano (entendido como educación, estudio, experiencia, habilidad). Y sin que quede condicionado, cualquiera que sea su dimensión, por la organización y el capital intelectual de la actividad. Podría entenderse que la profesión asocia en el mercado al capital humano y su producto; del mismo modo, que la organización disocia el capital humano de su producto.<sup>191</sup>

191. ALCALDE, F., *La profession liberale en droit fiscal*, Montpellier, 1984.

El fondo de comercio refleja las diferencias enunciadas: el componente profesional o empresarial.

El goodwill puede estar ligado, en forma prevalente, a la reputación y pericia de la persona física y puede calificarse de profesional. Por el contrario, será empresarial cuando aflore vinculado al capital intelectual ordenado por el individuo. El crédito en el mercado se proyecta desde la persona física o desde la organización que crea.

La línea de demarcación no es nítida. Hay zonas fronterizas que confunden la distinción. Por ejemplo, una oficina de farmacia es una organización, pero, si el farmacéutico elabora y produce fórmulas magistrales realizará una actividad profesional.

El fondo de comercio profesional se edifica desde el capital humano calificado, mientras que el empresarial gira, como siempre, en torno a la organización propuesta por el individuo para la actividad que pretende.

El crédito en el mercado puede estar vinculado a la persona física o a la organización, aún cuando mínima, que resulta. La cualidad personal siendo determinante para la organización, lo es menos cuando ésta se proyecta sobre la clientela; por así decirlo, la organización objetiviza y acuña las cualidades personales de su titular. En cambio, la cualidad personal es irremplazable cuando la organización, aún que mínima, es vehículo del saber hacer o la experiencia de su titular. La confianza en el arte, profesión u oficio de la clientela es una relación *intuitu personae*, basada en la pericia o habilidad del prestador.<sup>192</sup>

La clientela puede vincularse a la organización, sea cual fuere su titular, o a su trabajo autónomo, particular, inspirada por la confianza, aunque sea una organización. La línea divisoria no es, sin embargo, rotunda.

La profesión, arte u oficio, tienden a la organización, “deslizándose hacia la explotación comercial” y, a la inversa, está el pequeño empresario o la empresa familiar, en que el cliente deposita su creencia en la persona física que la realiza, contenido por su competencia y experiencia.<sup>193</sup>

No obstante, bien puede señalarse que la actividad profesional, en cualquiera de sus manifestaciones, tiene la connotación directa personal del que la presta; que no es carácter dominante de la organización empresarial.

El fondo de comercio expresa un atributo del profesional, que no de la organización; a su trabajo y a la confianza que inspira. Es un valor patrimonial de la persona, una pro-

192. CEBRIÁ, L.H., *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Valencia, 2002, p 90: “En este punto se ha de diferenciar a la empresa de las profesiones liberales”.

193. RIPERT, G.-ROBLOT, R.-VOGEL, L., T 1, V 1, París, 2001, cit p 143 y 333, advierte la relajación de la jurisprudencia en la cesión de clientela entre médicos asociados, antaño prohibida, porque no atenta contra la libre elección del médico por el enfermo.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

longación de su capital humano. Una energía que, a diferencia del trabajador, se expande en su propiedad y bajo su dominio.

Ello supone dificultad para disociar el fondo de comercio de su titular. El crédito está instalado en la propia persona física y no parece que su trasunto en fondo de comercio puede ser escindido de la actividad personal que lo origina.

La doctrina critica la transmisión del fondo de comercio profesional fundado en estrictas relaciones de confianza personal.<sup>194</sup>

Y, es razonable, que no se pueda vender o comprar aquello que tiene como núcleo la atracción personal; sin perjuicio, de su obvia legalidad o legitimidad.

Paradójicamente, el valor creado por la actividad profesional no es aprovechable por su titular; entendiéndose como tal la aptitud o conocimiento que sirven para destacar su capitalización humana. A mayor valor del fondo de comercio de la persona, menos plusvalía o renta de fundador. Bien es cierto que esto no comprende la organización que sirve para el ejercicio de su actividad, lo cual es plenamente transmisible; sino a su fondo de comercio intrínseco. Aún peor, éste ni siquiera es amortizable.

Al límite, la actividad profesional está próxima a la relación de trabajo dependiente. Ambos supuestos están centrados en la formación y calificación del capital humano. La principal (esencial) distinción es que uno puede apropiarse de los frutos del capital para sí y por sí mismo y el otro está obligado hacia otro y en la coposesión de los frutos de su trabajo.

El ensimismamiento del fondo de comercio profesional es un elemento clave para comprender la distancia con el relativo a la organización: el desvalor del mercado del capital humano profesional es inversamente proporcional a la confianza; crédito o creencia que despierta. Exactamente, lo contrario del capital intelectual organizado. “La organización no posee por sí sola la aptitud para producir un rendimiento, no constituye un capital...”.<sup>195</sup>

Probablemente, el motivo de fondo radica en que el fondo de comercio profesional no es un mero bien de información, sino de conocimiento personal, que dificulta su circulación en el tráfico jurídico. En cambio, el fondo de comercio del empresario tiene un contenido esencial de información, que no de conocimiento.

Es obvio que la adhesión a la persona no impide que todos aquellos elementos patrimoniales afectos a su actividad, materiales o inmateriales, que sean independientes de la prestación profesional (despacho, clínica, marcas, patentes) pueden conformarse como objeto de negocios o actos jurídicos.

194. DE LA CÁMARA ALVARES, M., *La venta de la empresa: Principales problemas que plantea*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1981, p 293

RIPERT, G.-ROBLOT, R., *Op. cit.*, p 143: “es decir que una tal clientela no es cedible en principio”.

195. FERRARA, F., *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, Madrid, 1950, p 88.

La organización de la persona física recoge el fondo de comercio con las mismas características que adornan a la persona jurídica. No es su capacidad o personalidad lo que crea valor; sino, la organización que le sirve de soporte a su proyecto de empresa. Por eso, no tiene fundamento la reflexión sobre el “avviamento soggettivo” que destacaría la influencia de la persona física del emprendedor en el valor del fondo de comercio. En realidad, su capacidad personal consiste en transmutarla en la organización que le sirve. En caso contrario, no cabe referirse a un “avviamento” subjetivo; sino, a su fracaso en la organización de su propio proyecto, que no puede desprenderse de su intervención, no profesional ni artística, ni deportiva.

Y esto vale tanto para la gran o pequeña empresa. En ambos casos, salvada la complejidad, hay una organización que crea valor a partir de los elementos combinados por el titular y el fondo de comercio es su resultado, pero, que solo se consigue mediante ella. A lo sumo, el valor personal del organizador debe considerarse, objetivamente, como añadido al proyecto, el capital humano, la clientela. Pero, desligado, en cualquier caso, de su persona. El fondo de comercio condensa el valor del empresario: en la organización, no fuera ni separado de ella.<sup>196</sup>

El IRPF regula bajo la técnica de la asimilación, resultando un cuadro de referencia que incluye al profesional en el concepto de empresa, ambos como actividades económicas. El trazo común es la autoorganización para intervenir en el mercado, a propio riesgo y ventura. Pero, dicho lo cual, no se establece la renta personal profesional como capítulo a se de actividad económica respecto a la personal organizada y ordenada.

La indiferencia normativa perjudica, naturalmente, la actividad del ejercicio de profesión y oficio.

Particularmente, en el plano de la amortización del capital (humano) del profesional, que es su principal elemento patrimonial afecto a la actividad.

El caso más flagrante, por su pureza de concepto, es el que se refiere a los rendimientos derivados de las prestación de asistencia técnica (LIRPF 23.4.b), que se consignan como frutos (civiles) del capital mobiliario.

La asistencia técnica no vinculada al ejercicio de una actividad económica del que la presta supone, en síntesis, la prestación de servicios por exigencias intelectuales, fundada en el conocimiento del que la ejecuta.

---

196. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 136, avviamento subjetivo como habilidad operativa del empresario en el mercado y, en particular, para adquirir, conservar, aumentar su clientela. Pero, esto no es sino la consecuencia de la habilidad operativa en la organización que se crea y su capacidad para recoger clientes, a través de la cual se canaliza la idoneidad del empresario. El mérito fundador es que la organización pueda sobrevivir sin su intervención.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

No hay un valor capital monetario del que resulte un fruto; sino, un capital (humano) inmaterial que produce un servicio o una obra que no se funda sino en la capacidad intelectual, pericia, del que la realiza.

La prestación de asistencia técnica, como valor intangible, supone el suministro de conocimiento y experiencia, no encuadrado en la actividad económica, por parte del que la presta –auténtico fruto del capital humano–, sea en la plano de estudios, ordenamiento de instalaciones o perfeccionamiento de sistemas.

La asistencia técnica es un rendimiento profesional que por defecto no se menciona como lo que es, en el que la contraprestación estriba en el uso de un conocimiento o experiencia que no tiene carácter de organización, sino, de servicio independiente, intelectual, personal. La asistencia técnica mediante organización declara un rendimiento de actividad económica, de empresa.

En conclusión, el fondo liberal, en la expresión francesa, es un bien en la persona física, que actúa con independencia, ofreciendo prestaciones intelectuales, y, a diferencia del fondo de comercio, no puede escindirse de su portador sin que pierda su existencia y consistencia jurídica. Es la propiedad, goce y disposición de la propia energía humana.

### 2.2. EL PATRIMONIO EMPRESARIAL Y PARTICULAR

Los elementos patrimoniales afectos a la actividad económica encierran el patrimonio empresarial o profesional respecto al patrimonio individual.

“...el conjunto de derechos y obligaciones cuya titularidad ostenta la persona física... que se encuentran utilizados necesaria y exclusivamente, amén de adecuadamente contabilizados, en las actividades empresariales y profesionales del sujeto pasivo”.<sup>197</sup>

El patrimonio empresarial o profesional de utilización necesaria y exclusiva en la actividad permite la generación de gasto deducible en el IRPF en cuanto a las cuotas amortizables de sus valores de adquisición, así como los gastos inherentes a su utilización, mantenimiento, reparación, conservación.

En suma, la precisión del patrimonio afecto a la actividad supone que concurre a formar el respectivo rendimiento y posibilita deducir del mismo el costo y los gastos que ocasione. Pero, sus efectos se extienden a otros beneficios fiscales en diferentes

---

197. CENCERRADO MILLAN, E., *La tributación del patrimonio empresarial y profesional de la persona física*, Madrid, 1995, p 209.

impuestos, sea la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, la bonificación del 95% en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la no sujeción de la transmisión global en el IVA o, de rebote, la inmunidad en el IRPF de las ganancias patrimoniales que pueden derivarse de la transmisión lucrativa de las empresas individuales beneficiadas en el ISD.

El patrimonio empresarial o profesional engloba todo el valor material aplicado a la actividad, a excepción del fondo de comercio.

El empresario mercantil, igual a lo planteado en el IS, puede contabilizar el fondo de comercio inicial, aunque no el fondo de comercio intrínseco, y adquirir (o transferir) el fondo de comercio, sujeto a las mismas reglas de valoración y amortización.

El profesional, en cambio, resiste a la aplicación del fondo de comercio como bien inmaterial distinto y separado de su competencia personal y capacidad técnica. Ello no obsta para que puede adquirir o vender con toda libertad los elementos instrumentales, necesarios para su actuación.

Pero, el crédito en el mercado está en función directa de su persona y es, por tanto, inseparable de su fuente.

Es cierto que, a un punto, nada obsta para que el profesional pacte particularmente la continuidad por otro de su negocio, inclusive, mediante la presentación a sus clientes o el traspaso de alguna información que le pertenezca. Pero, estos acuerdos no son ni responden a la naturaleza de la actividad profesional en sentido estricto. Al límite, esa persona nunca podría vincularse mediante un compromiso de no competencia, lo cual equivaldría a renunciar a su capital humano (a su fondo de comercio intrínseco).

El fondo de comercio profesional es indisponible e irrenunciable en el tráfico jurídico: "Es el hombre en si mismo que se necesitaría evaluar porque solo sus cualidades personales materializan el precio de sus servicios".<sup>198</sup>

La convergencia, por vía de la denominada banalización de la profesión, con la empresarialidad de servicios, inspira la aproximación entre el fondo liberal y el fondo de comercio. El honorario adquiere visos de contraprestación indiferenciada de servicios y así lo recoge la norma tributaria. Pero, esa banalización atenúa sin eliminar las diferencias apuntadas. En especial, la prestación intelectual, independiente y personal del profesional. La aproximación verificada entre la profesión y la empresa no excluye sus diferencias objetivas. Hay un espacio propio que siempre aflora, por ejemplo, el fondo de comercio.

Hay un punto irreductible entra la profesión y empresa que, pese a todo, no puede eludirse: la actividad profesional, sea dependiente o autónoma, se despliega, ordinariamente, mediante la prestación de energías personales que corresponden y tienen por origen al que las presta, así como el fruto que resulta.

198. SAVATIER, J., *Qu'est-ce qu'une profession libérale?* Rev. Projet, 1966, p 451.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El fondo de comercio profesional es un fondo intrínseco, cuya amortización prohibida marca una clara desventaja respecto al fondo empresarial. La depreciación del capital humano (intelectual o técnico) que no es transmisible ni adquirible carece de reconocimiento jurídico, aún cuando es la fuente-producto necesaria, exclusiva de su titular para la obtención de rendimiento. O sea, a la vez, la máquina y su resultado.

Hay un componente inmaterial de la persona física que, como fondo liberal, no es susceptible de negocio jurídico directo y en conjunto, y, cuyo efecto de gasto fiscal deducible es ignorado.

El oscurecimiento del estatuto profesional, pese a la pretendida asimilación a la empresa, no logra que desaparezca del IRPF la existencia de supuestos configurados en torno a la propia habilidad intelectual o física o pericia. El conocimiento, en suma: la propiedad intelectual o industrial del autor o traductor; los comisionistas que se limitan al acercamiento de las partes para la celebración del contrato; los profesores que ejercen su actividad en su domicilio, casas particulares o en academias de las que no son titulares; las conferencias, seminarios o cursillos que no sean consecuencia de la relación laboral de dependencia. El legislador les califica como rentas del trabajo personal (LIRPF art. 16.2 c.d. 16.3), cuando por su naturaleza jurídica y calificación no tienen nada que ver con las mismas, sometiéndolas inclusive a la retención correspondiente a la ordenación por cuenta propia. Las denomina de trabajo cuando son autónomas y aplica la retención como autónomas cuando serían rendimientos del trabajo.

El fondo de comercio es un atributo de la organización, un desprendimiento del derecho a la empresa, comprendido tanto en la actividad económica llevada a cabo por la persona física como jurídica.

La pequeña empresa del individuo, aún en su mínima expresión organizativa, admite un valor residual que no puede imputarse ni al capital financiero ni al inmovilizado material o inmaterial: “el beneficio o la ventaja adquirida por un establecimiento más allá del mero valor del capital, inventario, reservas o propiedad física empleado...”<sup>199</sup>

La ventaja o beneficio, el crédito en el mercado, de la empresa de la persona física tiene las connotaciones de cualquier otra organización, aún de las mayores. Esto es, es un bien jurídico inmaterial, separable de su titular, apto para la circulación jurídica de quien lo crea y materializa.

A diferencia del profesional, el empresario individual destaca su estatura personal a través de la organización establecida, aún en su mínima expresión; siempre que lleve contabilidad mercantil.

199. SMITH, G.V.-PARR, R., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, New York, 2000, p 77, cit. de una sentencia Faust vs. Rohr, 166, N.C. 187, Juez Joseph Story.

El patrimonio empresarial afecto no comprende el fondo de comercio. De modo que, su valor es incompleto, sin el valor añadido del fondo de comercio que no puede disolverse como elemento patrimonial necesario o exclusivo de la actividad, ya que no lo es. En su caso será el valor residual, sobrante, lo que queda una vez fijado el patrimonio neto de la persona física.

La ventaja o beneficio intangible de la organización no queda en la patrimonio empresarial, sino en la diferencia atribuible a su reputación para superar a la competencia y alimentar expectativas de desarrollo futuro.<sup>200</sup>

### 2.3. LA CONTABILIDAD Y LA CUASI CONTABILIDAD

De acuerdo con la LIRPF, la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas en régimen de estimación directa se realiza aplicando las normas del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de las especialidades tributarias contempladas en el propio IRPF.

El reenvío a la disciplina del Impuesto sobre Sociedades significa, básicamente, que prevalece el resultado contable, al que se llega de acuerdo con las normas mercantiles y contables, y que es pasible, en su caso, de corrección tributaria en algunos de sus aspectos relativos a la calificación, valoración e imputación de rendimientos.

El hecho contable, deducido de la norma mercantil y contable, prevalece en la configuración del hecho imponible del Impuesto de Sociedades. No hay beneficio o excedente que no sea resultado contable.

De esta forma, el derecho (mercantil) contable identifica la actividad de empresa, asimismo válida para la norma tributaria.

Solo aquellos empresarios que lleven su contabilidad ajustada al Código de comercio pueden acogerse a la estimación directa normal del rendimiento neto, aplicando, en lo sustancial, la normativa del IS.

Los elementos patrimoniales no pueden ser afectos, a menos que figuren en la contabilidad o registros oficiales, de obligada llevanza por el titular.

La composición tributaria parece clara al reconocer el carácter pleno a la empresa que se adecua a la norma mercantil y contable, condicionando, inclusive el contenido del patrimonio empresarial necesariamente contabilizable.

En el supuesto de actividades que no son calificadas como mercantiles –agrarias, ganaderas, artesanas- o profesionales, cualquiera que sea el régimen de determinación

200. REILLY, R.F.-SCHWEISH, R.P., *Valuing intangibles assets*, New York, 1999, p 382.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

de sus rendimientos, deberán llevar libros registro de origen fiscal: de ventas e ingresos, de compras y gastos, de bienes de inversión, provisiones de fondos.

La diferencia no es baladí. Hay una categoría de contribuyentes que entran inmediatamente en el ámbito del IS por obra del cumplimiento de las obligaciones contables y hay otros que o no reúnen los requisitos de la empresariedad comercial: agricultores, profesionales, o que, aún siéndolos por alguna razón están sometidos a un tratamiento desdibujado de su condición de empresa.

El fundamento es que la contabilidad define el patrimonio empresarial de la persona física y el resultado de la actividad en consonancia con el IS. La ausencia de contabilidad no permite, sino exclusivamente a efectos fiscales, individualizar el patrimonio personal del que está afecto a la empresa. Pero, denegando su carácter organizativo conforme al Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad.

Esto implica la consideración de un patrimonio empresarial de la persona física y un patrimonio personal eventualmente dedicado a actividades no mercantiles, profesionales o económicas no empresariales.

La configuración de éstas segundas actividades recoge su carácter personal, autónomo, intelectual o manual, desprovisto del carácter de organización distinta de su titular.

La prevalencia del hecho contable aparece sancionado en el IS (art. 10.3) y, por reenvío, en la actividad económica empresarial de la persona física. Las correcciones fiscales operan restrictivamente dentro del marco contable dominante.<sup>201</sup>

La configuración de empresario solo es aplicable a la persona física obligada a la contabilidad mercantil y los libros oficiales. Por tanto, es fácil concluir que no gozan del estatuto de empresario, aquellos contribuyentes del IRPF que no están obligados a llevar contabilidad, sean profesionales, agricultores, artesanos u otros titulares de explotaciones económicas.

No son empresarios los que están en el régimen de estimación directa simplificada, que evitan la llevanza de contabilidad mercantil ni los profesionales, agricultores y ganaderos que tributen por cualquiera de las modalidades de estimación directa (normal o simplificada). La norma fiscal obliga, en estos supuestos, a llevar libros registros de su propia hechura: ventas e ingresos; compras y gastos; bienes de inversión; provisiones de fondos y suplidos.

201. STJCE de 14/11/1999, el legislador fiscal debe respetar el principio de imagen fiel establecido por la Cuarta Directiva.

CHULIÁ, F.V., *Introducción* cit, p 154; señala la prevalencia del Derecho contable que es de naturaleza jurídico- privada sobre el Derecho Fiscal. "Ello constituye una importante desregulación del Derecho Fiscal."

Hay una suerte de codificación fiscal-contable que no es la propia organización de empresa. Una aproximación descriptiva a la medida de los resultados de la actividad, pero, desprovista del carácter dogmático de la verdadera contabilidad que hace a la empresa.

La utilidad de esta paracontabilidad para los fines de la Administración tributaria no excluye que su aplicación plena alcanza a los contribuyentes que no son empresarios en sentido mercantil-contable.

En consecuencia, es indefinible el contorno de su patrimonio personal respecto al de la actividad económica que llevan a cabo. La fluidez de los límites impiden que pueda justificarse con claridad una línea de demarcación entre la actividad y su organización. El recurso de la norma mercantil-contable a la paracontabilidad siempre será aproximativa, cuasi contable.

Difícilmente podrá existir referencia a la empresa, si no hay organización, aunque mínima, que sea ordenada y adecuadamente contabilizable, como prescribe la norma mercantil. Y si esto es insuperable, lo demás viene por añadidura.

La equiparación pretendida sostiene la identidad entre la organización y la actividad particular; creando, al efecto, una cuasi contabilidad mediante libros de uso fiscal. Pero, aunque, sean descriptivos y útiles a los propósitos que se buscan; no puede negarse que sin contabilidad oficial no hay empresario y, consecuentemente, el patrimonio del particular incorpora, además, el de su explotación profesional o económica.

El legislador, entonces, proporciona al particular no empresario un tratamiento análogo del empresario, en orden a ingresos computables, gastos deducibles, amortizaciones y provisiones, que no se corresponden con su status jurídico mercantil. Los elementos patrimoniales afectos a la actividad nunca dejan de ser patrimonio particular y viceversa. Los cuasiempresarios y profesionales no están alcanzados por el deber de contabilidad fiscal que trasunte actos de trascendencia patrimonial relativos a la persona junto a la actividad económica que se realiza.

### 2.3.1. Contabilidad Mercantil y Libros Registro Fiscales

Hay contribuyentes con estatuto de comerciante, obligados a la llevanza de la contabilidad mercantil y hay otros, obligados estrictamente por la obligación tributaria de llevanza de libros-registro.

Hay contribuyentes sometidos al deber público de contabilidad y otros, al deber de realización de determinadas obligaciones (formales) de cuño tributario.

Así como la norma mercantil-contable ilumina el deber tributario del empresario o comerciante; no sucede lo mismo con la norma tributaria que agota sus efectos en los límites del interés fiscal de la Administración.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Las infracciones penales contables (art. 310 C.P.) contemplan la inobservancia de la disciplina mercantil y tributaria, desde la exclusiva perspectiva del interés fiscal. Es un delito especial dado que el sujeto activo solo lo puede ser el que “estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales” realice algunos de los comportamientos punibles.

El sujeto activo lo será el empresario obligado a llevar contabilidad mercantil y el cuasiempresario o profesional que está sometido a la obligación de libros-registro tributarios, no mercantiles.

Primero, el incumplimiento absoluto de la obligación contable por parte de quien se halle sujeto al régimen de estimación directa.

El ámbito de aplicación se refiere al empresario mercantil por la inobservancia del deber de contabilidad a su cargo y al profesional o agricultor acogido, aunque no tenga ese deber, a la estimación directa.

Segundo, la llevanza de distintas contabilidades que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

El precepto penal afecta solo a los empresarios, a los que están bajo el imperio de la norma mercantil-contable.

Tercero, la no contabilización en los libros obligatorios de operaciones cuando existe el deber de hacerlo o su contabilización por valor diferente al real.

El supuesto está relacionado con “transacciones económicas reales las cuales o bien no se anotan en los libros o bien se anotan con cifras distintas a las verdaderas”.<sup>202</sup>

El quid está en saber a que libros se refiere y la respuesta no puede ser otra que a los libros o registros fiscales señalados en el art. 310 C.P., o sea, el comportamiento de la falsedad contable producido por un no comerciante o profesional.

Cuarto, la práctica en los libros obligatorios de anotaciones contables ficticias. La operación inexistente es un correlato con operación simulada. Aquí, también vale, para lo mencionado previamente sobre los libros obligatorios.

Las conductas de los dos últimos puntos requieren, para su consideración como delito, la omisión de las declaraciones tributarias o que las presentadas fueran reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía en más o menos de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda sin compensación de treinta millones de pesetas.<sup>203</sup>

202. MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico*, Valencia, 2002, p 515.

203. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho Penal, V. II*, Madrid, 1998, p 622., señalando la dificultad de establecer el tipo penal o en la infracción del deber de declarar o en torno a la infracción contable. O si se trata de un tipo compuesto que se consuma con la declaración falsa o su omisión como dice Martínez-Bujan Op. cit, p 522.

Las personas físicas empresarios obligados a llevar contabilidad mercantil definen su organización en identidad con el estatuto señalado en el C.Com y legislación concordante, distinta de su patrimonio personal o particular.

Las personas físicas no empresarios, porque no están obligados a llevar contabilidad mercantil; profesionales y agricultores o ganaderos; están sometidos a libros-registros fiscales-cuasicontabilidad-; de incierta demarcación respecto a su patrimonio personal o particular.

La construcción del resultado contable para los que no llevan contabilidad mercantil se propone como un falso problema: el contribuyente no puede apoyarse en la normativa del IS cuando no está obligado a cumplir con los deberes contables y mercantiles.

Por un lado, delata que no le asiste el estatuto de comerciante y, por otra, que su patrimonio es único e indivisible, aún cuando realice actividades económicas en el mercado. La suya es una actuación personal en todos los aspectos inseparables en sus manifestaciones económicas o profesionales. Así lleva razón la doctrina que afirma que “el deslinde entre el patrimonio empresarial (afecto) y el personal, que incluye además, el no afecto, sólo es posible con la contabilidad, porque, fiscalmente, no existe otro soporte documental o formal que permita separar ambas masas patrimoniales”.<sup>204</sup>

Pero, asimismo, porque sin contabilidad mercantil no puede concebirse organización y sin ésta no hay (derecho de) empresa.

Esto no supone que la cuasicontabilidad fiscal no sirva como medio descriptivo, declarativo, informativo, inclusive de reflejo penal en materia de libros-registros; pero, es de toda evidencia jurídica la radical imposibilidad de asimilarla o equipararla a la contabilidad mercantil, con todo lo que ello conlleva.

En ausencia de estatuto de comerciante o empresario no hay actividad de empresa, aún cuando se produce, obviamente, actividad económica.

Al no verificarse empresa tampoco puede exponerse, sustantivamente, la segregación entre actividad de la persona física patrimonio particular. De esto se infiere que la afectación o desafectación de elementos patrimoniales ocurre en el seno de un conjunto unitario de bienes y derechos de la persona física. Los beneficios tributarios que esto supone podrán explicarse por analogía con la empresa verdadera; pero, no como extensión de los efectos jurídicos del IS. Y si esto fuera correcto, debería discutirse la legitimidad que comporta la aplicación por analogía del hecho imponible del IS a las actividades económicas, que no empresariales, de las personas físicas.

204. DOMINGUEZ ORDICIO, J.R., *Los incrementos y disminuciones de patrimonio*, Impuestos, 5, 1991, p 11.

## 2.4. EL VALOR PROBATORIO DE LA CONTABILIDAD

La contabilidad –G. Ripert-R. Roblot– es el arte de registro de los movimientos de valor que se producen en los elementos de la empresa por medio de una presentación cifrada de todas las operaciones que se han hecho.<sup>205</sup>

Desde esta perspectiva es comprensible atribuir a la contabilidad el carácter de una pluralidad de actos jurídicos cuyo contenido es declarativo de conocimiento de un haz de hechos jurídicos. La contabilidad, para entenderse, como declaración de ciencia.

El efecto de la declaración de ciencia es la producción de efectos probatorios de los hechos jurídicos que en si mismos son constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas.<sup>206</sup>

La función coactiva contable, sin embargo, no parece atender el propio interés de la organización al control de su actividad, lo cual es obvio; sino, la preconstitución de un instrumento de control externo sobre la actividad de la organización a tutela de los intereses de los acreedores, públicos o privados, “en el interés de cuantos entran en relación con la misma y adquieren frente a ella, razones de crédito”.<sup>207</sup>

Hay una contradicción insoluble, de principio, entre el secreto contable en virtud del cual la ley protege el interés de la organización a mantener en reserva ante la competencia los hechos que la conciernen y los intereses de los acreedores que pueden extraer de la contabilidad las pruebas de sus eventuales perjuicios cometidos desde la organización. La contabilidad es un arte cuyo registro puede diferir de los intereses de los acreedores en cuyo caso es obligado admitir que la contabilidad puede provocar efectos jurídicos propios que no son de mero reflejo de los hechos jurídicos o puramente aritméticos. Y es el centro de la discusión sobre los interesados en el gobierno de la empresa.

Esto resulta advertido por la doctrina: “...aunque los documentos contables no hacen sino informar adecuadamente sobre la realidad económica de la empresa, dicha realidad solo despliega todos los sus efectos jurídicos gracias a su reflejo contable”.<sup>208</sup>

La contabilidad puede ser el resultado de la voluntad de la organización. Que los efectos jurídicos no sean solo de los hechos recogidos, sino de la voluntad del sujeto para que se verifiquen algunos efectos jurídicos en lugar de otros. Esto supone que el comportamiento del sujeto en la confección de la contabilidad puede interpretarse en modo tal que sea declarativo de su voluntad respecto a los intereses de los acreedores en

205. RIPERT-ROBLLOT, Op. cit, p 228.

206. GALGANO, F., *Diritto Privato*, Padova, 1988, p 27.

207. GALGANO, F., Op. cit, p 454.

208. A. ROJO EN URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., Op. cit, p 144.

la medida en que motivan su confianza en lo actuado. La contabilidad permite deducir de los hechos (*facta concludentia*) la decisión del sujeto respecto a su calificación, lo cual promueve cambios cualitativos que no tienen nada que ver con la declaración de ciencia o conocimiento, sino con la toma de posición del que elabora las cuentas de la organización; sin perjuicio que los asientos contables, como afirma Rojo, contengan declaraciones de conocimiento sobre hechos, actos o negocios jurídicos.

Por ejemplo, la contabilización como gasto corriente o gasto de capital; los ingresos futuros como ingresos de periodo; determinados costes que computan o no, produciendo alteraciones significativas del resultado contable del ejercicio (*stock options*). Y, en general, las rentas y cuasirentas de la organización.

La voluntad (contable) de la organización añade o sustrae valor al capital intelectual. Y esto no es necesariamente una infracción contable, sino una consecuencia lógica del carácter aproximativo del hecho contable, o, mejor, de su carácter derivado de la voluntad de los efectos queridos por su transcriptor.

Precisamente, porque los documentos contables no son declaración de ciencia es que carecen del atributo privilegiado probatorio que les hubiera correspondido, y, al contrario, son apreciados por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho (art. 31 CCom). Y la restricción no es porque no refleje los hechos jurídicos, sino porque siempre los interpreta conforme a la toma de decisión conveniente u oportuna en orden a sus efectos jurídicos contables ante los accionistas, inversores, trabajadores y otros acreedores públicos.

La idea que la contabilidad pueda o deba ser una obra exacta, inmune a la disposición del que la realiza no se compadece con la realidad del hecho contable que está adjudicado al propio empresario, que resuelve discrecionalmente, aún en el marco de la Ley, la documentación contable que le conviene.<sup>209</sup>

El valor probatorio de los libros y demás documentos contables del empresario es apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del derecho (art. 31 CCom).

De modo que la contabilidad, no es un medio de prueba privilegiado, sino que es susceptible de ser destruido por cualquier otro medio probatorio (v. art. 327 LEC; 1214-1253 C.C.; 51 y 93 del CCom), a favor o en contra de su realizador.

---

209. El gobierno de la empresa pone en evidencia el oportunismo del management en la publicación, previa manipulación, de los datos contables que les son favorables. Esto se denomina gestión estratégica de los resultados. El balance y las cuentas de explotación, al límite de la legalidad, se maquillan a efectos de atenuar los números rojos y exaltar los negros. Esto, por descontado, se exaspera cuando la retribución del alto directivo se apoya en retribuciones cortoplacistas. Se trata de modificar el resultado de acuerdo al propósito perseguido, sobre todo, en materia de existencias, provisiones, amortizaciones. MAATI, J., *Le gouvernement d'entreprise*, París, 1999, p 87

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El legislador tributario divorcia el deber de contabilidad del estatuto del comerciante, extendiendo sus efectos mercantiles a sujetos pasivos que no son empresarios (LIS art. 10.3) o articulando a través de los libros registros en el IRPF una paracontabilidad obligada con idéntica finalidad.

El interés fiscal pretende conocer los resultados del negocio sean o no comerciantes sus titulares.

La derogación mercantil por obra de la norma tributaria no convierte a los contribuyentes afectados en comerciantes; sino que es una extensión mecánica de uno de los elementos esenciales de la organización a los no empresarios o comerciantes que realizan actividades económicas generadoras de renta.

La contabilidad fiscal o la paracontabilidad no pretende el cumplimiento de llevar una contabilidad ordenada y adecuada, sino, la correcta y adecuada descripción y recogida de los hechos y circunstancias de hecho que afecten la representación del resultado o rendimiento sujeto a impuesto.

La cuentas que debe llevar el contribuyente en sentido lato, no empresario mercantil, responden a una declaración de ciencia o conocimiento, ya que deben versar sobre los hechos imposables y las bases imposables que se verificaron y su justificación documental. El contribuyente, trámite la contabilidad, declara a la Administración su conocimiento sobre actos, hechos, u operaciones de relevancia tributaria. La contabilidad fiscal, como declaración de ciencia, facilita la eficacia probatoria de aquellos hechos que sí interesan a la Administración tributaria. Por de pronto, entonces, a diferencia de la contabilidad mercantil, la prevalencia corresponde a la ciencia que no al juicio o voluntad del contribuyente.

La contabilidad fiscal es una declaración de ciencia, versando exclusivamente sobre supuestos de hecho, encauzando su definición en términos de confesión extrajudicial (art. 117 LGT) y que sirve de presunción legal a favor de la Administración tributaria: las presunciones que la ley tributaria establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca (art. 386 LEC), salvo prueba en contrario.

La contabilidad fiscal, si se admite el razonamiento previo, tiene por objeto hechos que no son contables, sino estrictamente fiscales y como declaración de ciencia o de conocimiento de determinados hechos previstos en la ley favorece a la Administración tributaria, salvo error de hecho en su materialización (art. 110 LGT).

La contabilidad mercantil configurativa de la condición de empresario se ofrece como declaración de voluntad cuyos efectos son queridos tal como se deducen los hechos de su registro documental contable.

El empresario posee una facultad discrecional en la ordenación contable, que depende del interés de la organización, compatible con el deber de información público y hacia terceros; mientras que el contribuyente carece absolutamente de cualquier facultad que no sea la transcripción verdadera y exacta de los hechos contables fiscalmente relevantes.

## 2.5. LA SEPARACIÓN ENTRE CONTABILIDAD MERCANTIL Y FISCAL

La contabilidad es un elemento intrínseco de la organización: hace a su estructura y función. Pero, no ocurre igual ante la actividad inorgánica o prestación personal directa.

La carencia de un concepto dedicado a la actividad inorgánica mercantil; el trabajo autónomo y el ejercicio profesional o artístico constriñe a la norma tributaria a sustituir la contabilidad orgánica con libros y documentos desprovistos de fe mercantil.

Hay un difundido complejo de actividad personal en el mercado que no siendo empresa, desarrolla una prestación dirigida a la oferta de bienes y servicios.<sup>210</sup>

La contabilidad mercantil es la base de la fiscalidad de la organización, a la que solo aplica las correcciones preceptivas, siguiendo a Hensel cuando afirma: “el derecho tributario no obliga al comerciante a formalizar su balance según los principios del derecho tributario, pero le prescribe su modificación, en modo tal que no sean superados los límites de lo que es tributariamente lícito”.<sup>211</sup>

El criterio tributario es la frontera del derecho mercantil, consintiendo sus reglas del estatuto del comerciante hasta donde sea necesario para la preservación del interés fiscal.

El problema se produce cuando desde el propio ámbito mercantil no hay criterios específicos atinentes a la actividad económica inorgánica, que, no obstante, aparece obligado ante la Administración tributaria y el sistema de la Seguridad Social.

Resulta forzoso reconocer que si la base imponible del IS es el resultado contable, determinado conforme a la norma mercantil; quedarán fuera del perímetro mercantil (y fiscal) aquellos que no puedan acogerse a la estimación directa de su resultado contable.

Las personas físicas, titulares de actividades económicas inorgánicas están excluidos del perímetro mercantil y, en consecuencia, sus obligaciones contables tienen exclusiva naturaleza tributaria. La contabilidad fiscal crea el resultado de la actividad económica en lugar de corregirlo; inclusive para algunos que opten por la estimación directa, como es el caso de los profesionales.

Los efectos jurídicos no son irrelevantes

En primer lugar, el oscurecimiento de la línea divisoria entre patrimonio empresarial (inorgánico) y personal.

En segundo lugar, la inaplicabilidad al contribuyente de todas aquellas normas que tienen por fundamento la contabilidad mercantil, que el sujeto no está obligado a seguir (la vinculación de la actividad inorgánica al P.G.C. y reglas de desarrollo).

210. CHULIÁ, V., Op. cit, p 140.

211. HENSEL, A., *Diritto Tributario*, Milano, 1956, p 423.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

En tercer lugar, la recepción o rechazo de la contabilidad mercantil en punto a la inexistencia de organización separada y diferente de la actividad directa de la persona física. Por ejemplo, la transmisión o adquisición del fondo de comercio.

En suma, la reconstrucción fiscal del trabajo autónomo y profesional no impide constatar los límites ante la contabilidad ordenada y adecuada del comerciante o empresario, que no parece pueda solucionarse mediante la adopción voluntaria del modelo mercantil.

La ambivalencia de la disciplina, asumida por las infracciones contables (art. 310 C.P.), impide que la normativa del IS pueda extenderse a la actividad inorgánica de la persona física en el IRPF. Y no se trata solo del perjuicio que esto supone en términos de seguridad jurídica; sino que, además, supone el desconocimiento, si cabe, de su específica empresarialidad personal.

“Pero el rigor del deber público de contabilidad y las sanciones que acompañan a su incumplimiento no pueden extenderse a los casi tres millones de “pequeños empresarios civiles” que hay en España (agricultores, ganaderos, artesanos, pescadores de bajura, vendedores ambulantes)...”<sup>212</sup>

Por añadidura, tampoco a los que desarrollan actividades profesionales o artísticas.

La doble contabilidad –mercantil y fiscal- fractura el concepto de empresa en dos: como organización y actividad inorgánica o inordenada.

La actividad inorgánica, de matriz estrictamente fiscal, comprende a los contribuyentes que tributan por estimación directa simplificada, así como los agricultores y ganaderos y los profesionales en cualquiera de las modalidades de estimación directa. Por una parte, el trazo de no llevar contabilidad mercantil y, por otra, que la actividad se asiente sobre el propio trabajo personal (y familiar) autónomo, con preeminencia sobre el trabajo ajeno contratado.

No menos importante es la aplicación del método de caja en la actividad empresarial civil; la que está acogida a estimación directa simplificada; la que determine su rendimiento mediante estimación objetiva y los profesionales en estimación directa (RIRPF art. 65,3,4,5,6).

En efecto, los contribuyentes bajo disciplina de la contabilidad fiscal, que no mercantil, pueden optar por el criterio, de caja en la imputación temporal de todas sus actividades económicas. El método de cobros y pagos supone la imputación temporal de los ingresos efectivamente cobrados y los gastos efectivamente pagados.

212. CHULIÁ, V., *Introducción*, cit, p 140.

La opción tiene por base la mera declaración del contribuyente y debe mantenerse durante un plazo mínimo de tres años.

Nótese que el método de caja desplaza el criterio de devengo en cuanto el contribuyente no esté obligado por la contabilidad mercantil (RIRPF art 6,2), haciendo inoperante, a su respecto, el método general establecido en el Impuesto sobre Sociedades.

El reconocimiento del efecto caja en la contabilidad fiscal depende de la cronología del cobro y el pago realmente efectuado, sin tener en cuenta ni el origen del derecho, ni la obligación que lo funda.

## 2.6. EL TRABAJO AUTÓNOMO

La contabilidad fiscal ordena el trabajo autónomo, del que la mercantil no se ocupa.

La persona física que realiza de forma personal habitual y directa una actividad económica por cuenta propia, aunque puede utilizar el servicio remunerado de otras personas.

El trabajo autónomo es el ejercicio de una actividad personal realizada en modo habitual, aunque no exclusivo, siempre que no se produzca un vínculo de subordinación a otro.

La actividad debe poseer contenido económico y realizarse en forma directa por el titular.

El trabajador autónomo es una categoría social, de extracción jurídica propia del derecho del trabajo y la seguridad social, que comprende a “quienes trabajan en utilidad patrimonial propia (y no por cuenta ajena) y (o) en régimen de autoorganización (y no bajo dependencia ajena).”<sup>213</sup>

En particular;

Los artesanos industriales (sastres, zapateros, fontaneros).

Los cultivadores directos agropecuarios.

Los profesionales liberales, tales como, médicos, abogados, graduados sociales, arquitectos, economistas, ingenieros, farmacéuticos titulares.

Los mediadores de seguros privados, agentes comerciales, representantes comerciales, agentes libres de publicidad, que respondan a buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

El transportista que realiza portes con su vehículo a cambio de un precio alzado, colaboradores de prensa, radio y televisión, etcétera.<sup>214</sup>

213. MONTOYA MELGAR, A., Op. cit, p 283.

214. ROSEMBUJ, T., *Guía Fiscal del Trabajador Autónomo*, Barcelona, 1990.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El trabajo autónomo, la actividad económica inordenada, se caracteriza porque su núcleo esencial es el capital humano de quien lo ejecuta, sea por formación o experiencia, aún cuando su contenido sea intelectual o manual. El capital humano es el capital organizativo, que no puede definirse sin relación con el primero. El capital del trabajo autónomo es la persona física, que no la organización a su servicio.

El trabajo autónomo supone la creación de valor, con independencia de la organización, subordinada exclusiva o prevalentemente a la persona física que lo lleva a cabo, o, confundida con la persona física que ejercita la actividad económica.

No hay empresariedad en el trabajo autónomo, según se deduce de la falta de organización para la actividad económica. A ello obedece la dispensa (fiscal) de contabilidad mercantil y la paralela obligación de contabilidad fiscal, que no mercantil.

La empresa no es observable separadamente de la persona física que realiza la actividad, sea ejercicio profesional o artístico, agrario o, en general, de la denominada “empresariedad civil”.

La empresa no es, entonces, identificable con el trabajo autónomo, con el capital humano autoorganizado a su riesgo y ventura.

Esa categoría de trabajo autónomo solo aflora por excepción en el IRPF, en ningún caso, presenta la disciplina con sus rasgos propios y específicos.<sup>215</sup> (v.g. LIRPF art, 7 f), sobre exención de prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el RETA por las mutualidades de previsión social; art. 46.1; A. 16 y 17, relativas a reducciones de cantidades en la base imponible por aportaciones de profesionales no integrados o empresarios integrados en la Seguridad Social, RIRPF, art. 88).

La reconstrucción del trabajo autónomo, en consecuencia, puede confiarse a la actividad de la persona física que mediante su actuación directa, inorgánica, crea riqueza partiendo de su particular esfuerzo, formación y experiencia. El fruto del capital humano es de su propiedad, a diferencia del que resulta del trabajo por cuenta ajena; y la organización (el establecimiento) no es separable de su propio trabajo.<sup>216</sup>

El capital humano es el principal elemento patrimonial afecto del trabajo autónomo. La utilidad patrimonial es la consecuencia de la aplicación necesaria y exclusiva del capital humano en la actividad económica. Los frutos del capital humano se constituyen en la principal fuente de renta de la persona física que ejerce el trabajo autónomo.

215. ROSEMBUJ, T., *Impuesto sobre la Renta*, Barcelona, 1992, p 186.

216. FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, Torino, 1993, p 50, donde sostiene que en la pequeña empresa no existe establecimiento o negocio, lo cual a mi juicio, es razonable sostener.

### 3. EL PATRIMONIO DE LA PERSONA FÍSICA

#### 3.1. EL CAPITAL HUMANO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

La introducción del IPPF en España tuvo la inquietud de plantear con carácter anticipador la sujeción o no del capital humano.

Al final, prosperó la respuesta negativa, excluyendo del tributo la posibilidad de su imposición. Pero, el tema se cuela en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre el Patrimonio Neto (B.O. de la Cortes de 11(1/1978), que, se preveía como sustituto del entonces aprobado Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

El Proyecto que no llegó a aprobarse en el Parlamento, establece en su art. 3º 2: “No está sujeto a gravamen el capital humano ni, en consecuencia, la titularidad de derechos que constituyan fuentes de estrictas rentas del trabajo presentes o futuras”.

El capital humano del trabajo por cuenta ajena merecía la exclusión expresa del (Proyecto) IPPF, atendiendo la discriminación en su favor de la renta por su origen, respecto a las demás.

En paralelo, el IRPF recogía la exención de las indemnizaciones dirigidas a la compensación de la pérdida o deterioro del mismo capital humano fundado en la renta del trabajo, puesto que, genéricamente, no integraban el hecho imponible del IRPF.

Es esta la línea adoptada, asimismo, por el IPPF actualmente en vigencia. La mera referencia al capital humano, si bien restringido al trabajador por cuenta ajena, revelaba, sin embargo, que la cuestión estaba presente en la doctrina y, en, ese sentido, es oportuno retomarla, para ajustar su alcance.<sup>217</sup>

Desde el punto de vista meramente teórico resulta adecuado su sometimiento a gravamen por el Impuesto sobre el Patrimonio Neto. Pero su realización práctica plantea graves dificultades, según la doctrina que lleva a que no se tenga en cuenta en ninguno de los impuestos sobre el patrimonio hoy vigentes. La gran dificultad que plantea el gra-

217. BREÑA CRUZ, F.A.-GARCÍA MARTIN, J.A., *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto*, Madrid, 1980, p 224: “No cabe duda que la sujeción del capital humano tiene a su favor serios argumentos, pero también es cierto que la arbitrariedad acompañaría a cualquier intento de valorar la capacidad potencial de ingresos de una persona, por lo que en el terreno de las realidades se postula la no sujeción. Esta es la norma en todas las legislaciones positivas”.

EIROA, F.J., *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto en el marco de la Reforma Tributaria*. Panorama General en Impuesto sobre el Patrimonio, XXVI Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1979, p 49.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

vamen de “capital humano” es como se capitalizaría la capacidad potencial del individuo y si el incremento de recaudación que se consiguiese compensaría el incremento de los costes administrativos para su realización.<sup>218</sup>

El IPPE, actualmente en vigencia, prescindió de la referencia al capital humano y, asimismo, en el nuevo IRPF desaparece cualquier mención de las indemnizaciones como compensación por el deterioro del capital humano. No obstante, aunque se omite el capital humano del trabajo, se incorpora el capital humano del trabajo autónomo.

### 3.1.1. La Actividad Empresarial y Profesional

La valoración de los bienes y derechos afectos al trabajo autónomo depende del deber contable del contribuyente (LIPPF art. 11).

Cuando se lleva contabilidad ajustada al Código de Comercio, el cómputo se realiza en base a la misma, por diferencia entre el activo real y el pasivo exigible.

Cuando no se lleva contabilidad –contabilidad fiscal o paracontabilidad– los elementos afectos al trabajo autónomo se valoran de acuerdo a su naturaleza, de manera individual, conforme a los criterios del IPPE.

De modo que el IPPE explícitamente admite la dicotomía entre contribuyentes obligados por la contabilidad mercantil o, pura y simplemente, por la contabilidad fiscal o paracontabilidad.

El valor del patrimonio neto es distinto según se trate de uno y otro supuesto.

En el primer caso, la valoración reposa en la verdad contable que da certeza a la identificación entre el patrimonio empresarial y personal, lo que permite conocer el patrimonio neto de una empresa por medio de la diferencia entre el activo y las deudas (activo real y pasivo exigible).

El fondo de comercio no está incluido en el patrimonio neto contable. En efecto, el fondo de comercio, en su versión mercantil convencional, solo puede tener origen en el momento de la transmisión de la actividad, puesto que desconoce el fondo de comercio autogenerado.

Por otra, su incorporación contable solo será posible una vez transmitida la empresa, a título oneroso.

El sobreprecio que se establezca en la transmisión del patrimonio neto empresarial queda al margen de la valoración de la actividad en si misma considerada y, por tanto,

---

218. ESTEVE SERRANO, T.A., *Desigualdad, política fiscal e impuesto sobre el patrimonio ibidem p 97*: “El Impuesto grava el capital material pero no grava los recursos invertidos en capital humano, en la mejor educación y preparación del ser humano”.

su cómputo se efectúa a valor de mercado en la fecha de devengo del IPPF (LIPPF art. 24).

La ausencia de referencia legal o reglamentaria al respecto no obsta para acreditar que la Orden de 28 de mayo de 1979 sobre la actualización de valores en la declaración del IEPPF devengado el 31/12/1978, dispuso que las indemnizaciones por ...fondos de comercio y clientela en bienes y derechos afectos a actividades sujetas a tributar por Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales, tenían como límite el valor de mercado que a los mismos debía atribuírsele (art. 8) <sup>219</sup>

El punto es indicativo del criterio utilizado que es independiente y distinto de la valoración mediante la diferencia entre el activo real y el pasivo exigible.

En defecto de contabilidad (mercantil) la valoración resulta de las reglas del Impuesto, de acuerdo con su naturaleza intrínseca.

Esto es relevante porque confirma que la carencia del deber de contabilidad mercantil impide determinar la separación entre patrimonio personal y afecto a la actividad mercantil y obstruye la valoración conjunta de la actividad económica, propiciando, para que ello se produzca, la disgregación de los elementos patrimoniales en modo singular y en base a su carácter (inmuebles, certificados de depósito, cuentas corrientes, etcétera).

Y esto implica que no haya fondo de comercio separable de la propia persona física que realiza el trabajo autónomo. Al no existir patrimonio empresarial o profesional, tampoco, puede fijarse la presencia del fondo de comercio. El valor existente atiene a los valores de los bienes y derechos individualizables contenidos en la ley; excluyéndose del Impuesto el fondo de comercio, inseparable de su realizador. <sup>220</sup>

El fondo de comercio resulta gravado, que no exento, cuando el contribuyente lleva debida contabilidad mercantil, como bien singular y al valor de mercado; mientras que no está sujeto cuando el sujeto pasivo no lleva la contabilidad, puesto que no puede destacarse de la actividad de trabajo autónomo del propio trabajo que se realiza.

### 3.1.2. La Exención del Patrimonio del Trabajo Autónomo

El trabajo autónomo adquiere plena sustantividad fiscal en el Impuesto sobre el Patrimonio (LIPPF art. 4.8.1). En efecto, hay un beneficio que resguarda la

219. AMORÓS DORDA, N., *Impuesto sobre el Patrimonio en Comentarios a las leyes tributarias y financieras*. Tº V, Madrid, 1987, p 192.

220. ARNAU ZOROZ, F., *Impuesto sobre el Patrimonio*, Madrid, 1979, Cit, Explotaciones económicas individuales y las sociedades como material del IP en España, p 387 y sigts.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

actividad personal, directa, habitual de la persona física siempre que la misma conforme su principal fuente de renta. Esta condición se verifica cuando al menos el 50% de la base imponible del IRPF procede de rendimientos netos de actividad económica.

La identificación cualitativa del trabajo autónomo resulta de la ausencia de subordinación a terceros y la carencia de organización diferenciada de su titular. La individualización cualitativa solicita que esa actividad sea la fuente principal de renta y, en particular, que de la renta personal global y neta, por lo menos la mitad, proceda de su trabajo personal, directo y habitual.

Los bienes y derechos de los trabajadores autónomos necesarios para el desarrollo de su actividad, finalizados a su realización gozan de exención, y su valor se determina conforme a las reglas del propio IPPF.

El fundamento de la exención es el valor del capital humano aplicado autónomamente medido por la renta, siempre que constituya su fuente principal o sea, cuando los frutos obtenidos son, en el conjunto, de al menos, la mitad.

El trabajo autónomo tiene como activo dominante el trabajo personal, directo y habitual de su titular y no es escindible la organización de la actividad personal. Es una máquina aplicada a su finalidad económica que a su riesgo y ventura, es propietaria de los frutos devengados.

Por tanto, es una exención del capital humano de trabajo autónomo, donde lo personal borra cualquier distinción entre patrimonio individual y empresarial. La exención atiende a todo el patrimonio necesario para la actividad, que no afecto.

La exención no comprende los elementos patrimoniales afectos según se deduce de la contabilidad mercantil; sino, los que, en defecto de contabilidad, son necesarios para los fines de la actividad personal, habitual, directa de su titular; cuyo valor, por otra parte, deberá responder a la singularidad y naturaleza propia de cada bien o derecho en cuestión: el trabajo autónomo no es asimilable a la empresa comercial.

De nuevo, la clave de la bóveda es la contabilidad mercantil o fiscal. No puede concebirse afectación de bienes o derechos que no estén ajustados a la contabilidad mercantil, sin perjuicio que sean necesarios y finalizados a su utilización en la actividad. Es este el modo de trazar el perímetro entre la empresa y la persona.

La contabilidad fiscal solo reclama la necesidad y la utilización en la actividad. Por eso, aquellos elementos patrimoniales que son necesarios para el trabajo personal, directo, habitual del contribuyente no pueden calificarse como afectos, en defecto de contabilidad. (La exención se refiere a los bienes y derechos necesarios, que no afectos según la contabilidad mercantil).

El capital humano de trabajo autónomo está sujeto al IPPF, pero, exento. En caso contrario, si no se produjera el beneficio fiscal, debería el IRPF recoger los gastos ordi-

narios y amortizables de la inversión, mantenimiento, recuperación, mejora de dicho capital, asimilado a cualquier otro elemento patrimonial dedicado a la actividad económica. En efecto, si se considera gravar el capital humano (en este caso de trabajo autónomo) en el IPPF debe aceptarse, en paralelo, la deducción amortizable del mismo en el IRPF.<sup>221</sup>

### 3.1.3. La Exención de la función de dirección en determinadas organizaciones

La exención del capital humano del trabajo autónomo se acompaña con otro supuesto que, siendo naturalmente distinto, refleja, sin embargo, un aspecto decididamente importante del capital intelectual, cual es el reconocimiento de la función de dirección en determinadas organizaciones como condición del beneficio fiscal.

Gozan de exención las participaciones con o sin cotización en mercados organizados en entidades que realicen actividades económicas, que no sean de mera gestión de patrimonios mobiliarios o inmobiliarios, ni estén sometidas a transparencia fiscal. Ello, en el bien entendido que el contribuyente sea titular de un porcentaje de participación igual o superior al 15% del capital o del 20% si se computa conjuntamente con su cónyuge, ascendientes/descendientes o colaterales de segundo grado y, a destacar, que dicha persona ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos de trabajo personal y de actividades económicas; sin que se computen los rendimientos de las actividades económicas cuyos bienes y derechos afectos, disfruten de la exención del IP.

La exención solo alcanza el valor de las participaciones en la parte de la proporción entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad (LIPPF art. 8.2.a) b) c) d)).

El beneficio fiscal observa una organización bajo forma societaria en la que hay un titular de participación en el capital social, no necesariamente mayoritario, que, preceptivamente, debe ejercer la función de dirección, percibiendo una retribución superior al 50% de cualquiera de las otras que puede cobrar.

La función de dirección apela al poder discrecional sobre la oportunidad y conveniencia de las decisiones de la organización, sea para su funcionamiento o cese.

221. BREÑA CRUZ, FA.-GARCÍA MARTÍN, J.A., Op. cit, p 223.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

Para dirigir la empresa –afirma G. Ruffolo– hace falta ejercer continuamente la autoridad, no basta ser su propietario, aunque sea absoluto. El propietario absoluto de la empresa para ejercer una autoridad continuada debe convertirse en dirigente...<sup>222</sup>

La dirección, entonces, es el fin del beneficio fiscal. Hay un reconocimiento de que en cierta clase de organizaciones, es insustituible la función de quién ejerce la dirección y ello se tiende a proteger.

Nótese que los modos de goce del beneficio fiscal ex IPPF relacionan, por una parte, la prestación directa y personal de la actividad económica –el trabajo autónomo en sentido estricto– y, por otra, el ejercicio de la función decisiva en la orientación de la actividad económica de una entidad en la que la persona participa.

Hay un valor (patrimonial) de la persona que se organiza a sí mismo y de la persona que organiza a otros, en base a un mínimo de renta total que deriva de la realización de la actividad en cuestión.

### 3.1.4. El fondo de comercio familiar

El capital humano es el indicador de capacidad económica, sea en la autoorganización cuanto en la dirección de la organización; pero, el beneficio fiscal pretende la protección jurídica de un interés subyacente, unificador del destino de ambas circunstancias.

Se trata de universalidades de bienes susceptibles de ser objeto de tráfico jurídico y que permiten trascender su situación temporal y espacial mediante un bien de carácter unitario que las caracteriza y, al tiempo, justifica el tratamiento fiscal de favor que se dispensa. Precisamente, el fondo de comercio familiar: el interés subyacente es el interés familiar de conservación indivisa de una explotación (C.C. art. 1056.2).

Hay un conjunto coordinado de bienes y servicios (S.13 de febrero de 1992) que se reputa primordial facilitar en su tránsito intergeneracional o a la continuidad del cónyuge supérstite. Ese fondo de comercio familiar no se desvela en el propio IPPF; apareciendo en el ISD (art. 20.2.c) y 6), y en el IRPF (art. 31.3.c)).

El legislador aprecia el interés familiar de conservar indivisa una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades dirigidas por el transmitente mortis causa o inter vivos.

No hay referencia alguna al patrimonio empresarial o profesional; sino a la empresa, el negocio, la entidad de participación y dirección, que son objeto de tráfico jurídico

---

222. RUFFOLO, G., *La gran empresa en la sociedad moderna*, Barcelona, 1973, p 177.

universal, incluyendo en su particularidad y por esto, al fondo de comercio, en concepto de transmisión lucrativa, a favor del cónyuge, descendientes o adoptados.

El trasvase del capital humano del trabajo autónomo y de la dirección en interés familiar postula la universalidad de bienes y, por tanto, el fondo de comercio generado, encabeza el núcleo familiar íntimo, sea por transmisión mortis causa o por donación, sin contraprestación.

La universalidad de bienes aparece unificada por el interés familiar que moldea en ese carácter el fondo de comercio preexistente. No es que la empresa sea distinta a la que era hasta el evento que propicia la transferencia; sino, que la novedad está en el destino gratuito del fondo de comercio, un bien inmaterial unitario que originado en la empresa resulta destinado irrevocablemente al cónyuge y descendientes, que lo adquieren con la intensidad de un derecho de propiedad.

“La afectación de la masa de bienes a un fin jurídico determinado... es lo que al determinar una regulación distinta de la anterior, caracteriza a las universalidades de Derecho”.<sup>223</sup>

La empresa preconstruida y todos sus elementos, incluido el fondo de comercio intrínseco, es la universalidad de bienes que adquiere la familia para su conservación y continuidad.<sup>224</sup>

El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (Cc. art. 67).

La norma civil establece un particular deber jurídico naciente *ope legis* de la celebración del matrimonio deber jurídico “pues su infracción puede acarrear graves consecuencias no solo en el plano familiar (separación o divorcio) o sucesorio (desheredación), sino también, en el ámbito penal”.<sup>225</sup>

El interés de la familia significa abstenerse de aquellos actos en que el interés familiar puede resultar menoscabado o maltrecho, sea en el plano humano, cultural o patrimonial de sus componentes.<sup>226</sup>

El interés de la familia nuclear (cónyuges e hijos) origina una densa relación jurídica entre sus miembros tendente al mejor cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico: afectiva, protectora, reproductiva.<sup>227</sup>

Un interés de la familia que no puede concebirse, no obstante, como un interés autónomo y separado superior al desarrollo de las personas; sino, como afirma Perlingieri, un

223. DE COSSIO, A., Op. cit, p 229.

224. CHULIÁ, F.V., *Introducción* cit, p 183.

225. BERCOVITZ, R., Coordinador, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2001, p 167.

226. DIEZ PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 1995, p 453.

227. BESSONE, M.M *Instituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p 121.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

momento de confluencia y de comunidad destinado a durar válidamente, siempre si es idóneo para promover el desarrollo y garantizar la dignidad de la persona.<sup>228</sup>

En suma, no es un interés que aniquile el interés individual de los miembros de la familia, pero, que, al mismo tiempo, no se identifica ni es igual al interés personal de cada uno de ellos.

El deber jurídico de actuar en interés de la familia, impone un comportamiento en orden a su conservación y proyección futura, en servicio de sus integrantes. La empresa familiar es una de las connotaciones (patrimoniales) de la actuación en interés de la familia, una organización para la gestión, mantenimiento y transmisión del patrimonio familiar.

La fiscalidad de la empresa familiar acepta, en primer lugar, la familia nuclear, aunque en el supuesto que no existan descendientes o adoptados, provee la extensión de los beneficios fiscales a los ascendientes, adoptantes y colaterales en caso de herencia (familia en sentido amplio).

El interrogante consiste en la repercusión que puede adquirir el “interés de la familia” con referencia a la empresa creada en el seno de la familia nuclear. La conservación y continuidad de la actividad por alguno de sus miembros postula que, no siendo la familia portadora de ningún interés en cuanto tal; podría inferirse que sí existe un interés de cada uno de los miembros asociado a la preservación del bien patrimonial originado. Algo así como una coparticipación de todos a su existencia consolidando la actuación de quien la funda, a su prolongación temporal a través, sea del cónyuge o los descendientes. El interés familiar como atributo del fondo de comercio de la organización.<sup>229</sup>

La *ratio* del beneficio fiscal contempla una organización que está bajo el dominio y control del núcleo familiar, frecuentemente a lo largo de varias generaciones; pero que, además, fijan las decisiones e intervienen en la gestión de la empresa.

La actuación del interés familiar está reflejada en la propia idea y cultura de la organización: la unidad-universalidad de bienes patrimoniales y deberes jurídicos intergeneracionales de la familia en su conjunto. El valor del fondo de comercio adquiere, entonces, una cualidad específica y original puesto que se alimenta del crédito suplementario de matriz familiar.

La confluencia y comunidad del interés familiar en la organización, explica el compromiso del legislador fiscal al momento de obligar a los sucesores a continuar la activi-

228. PERLINGIERI, P., Op. cit, p 476.

229. CALAVIA MOLINERO, J.M., *Sociedad holding familiar y estatutos sociales de la empresa familiar*, en PONT MESTRES, M.-PONT CLEMENTE, J.F., Barcelona, 2001, p 25: ...“y cuyo funcionamiento está sometido a unos determinados principios o cultura con la clara intencionalidad de ser transmitida a las siguientes generaciones”. Esa cultura intencionada es -en mi opinión- el fondo de comercio familiar.

dad recibida y, sobre todo, a no provocar –voluntariamente– una minoración sustancial del valor de lo adquirido (LSD art. 61.1). Esas obligaciones supondrían una interferencia indebida en la organización por parte de la Administración, extrañamente complicada en la gestión de la actividad; sino fuera porque el atributo de la continuidad y del mantenimiento de la empresa conforman requisitos insustituibles de la actuación del interés de la familia, objeto directo del beneficio fiscal.

De la norma tributaria, que no de la mercantil o contable, se infiere que la base del beneficio fiscal es asociativa (colectivo familiar), que no individual, y cuya responsabilidad derivada supera la del titular fundador.<sup>230</sup>

La reconstrucción de la ratio legis fiscal de la empresa familiar ratifica que, a despecho de la norma mercantil o contable, aflora una organización tipificada en base a un deber jurídico intrínseco de la familia nuclear: actuación en todo momento en interés de la familia.

La empresa bajo la propiedad, control, dirección del núcleo familiar tiene como principal característica la conservación a posteriori de la ausencia del fundador y la continuidad de su existencia por los que son sus herederos o donatarios legítimos y directos.

La transmisión de la empresa queda coadyuvada por la neutralidad de la norma tributaria frente a la destrucción o división de la misma para afrontar el salto generacional. Pero, siempre que los que siguen asuman el empeño de conservar y continuar en interés de la familia.

Esta idea permea el fondo de comercio, puesto que añade un elemento que en otras organizaciones resulta indiferente cual es la naturaleza de la familia que lo realiza. Su apreciación o depreciación se verá, por tanto, afectado por vicisitudes estrictamente subjetivas o personales –el divorcio, la aptitud gestora de los continuadores, la prodigalidad de los gestores– que, por regla, no afectan a empresas que no están vinculadas a la familia nuclear.<sup>231</sup>

Conviene tener presente que el empeño fiscal apunta y consolida el interés de (continuidad y preservación) la familia, del cual se extrae la empresa. Es una tutela a la familia en la empresa; que no a la empresa de la familia.

230. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 76, donde se contrasta, en Italia, la naturaleza mercantil individual o colectiva de la empresa familiar, inclinándose la doctrina por la primera de las opciones. Pero, esto es consecuencia de la propia disciplina del art. 230-bis del C.c. dirigido a tutelar el trabajo familiar de la empresa. Nótese, que en España la ley fiscal está inspirada en la propiedad, control y gestión de la misma.

231. ALBI, E., *Fiscalidad y empresa familiar*, Barcelona, 1994, p 19, donde se afirma que la empresa familiar está “bajo la dirección, responsabilidad y control de un empresario que ostenta, asimismo, la propiedad de la misma, en su nombre o en representación de un colectivo familiar”. Añade el autor que en esta clase de empresas los miembros de una familia poseen el control legal de la propiedad y sus intereses influyen decisivamente en las decisiones y dirección de las mismas.

### 3.2. LA SUCESIÓN Y DONACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Es aplicable una reducción en la base imponible del ISD del 95% del valor de las adquisiciones mortis causa que proviene de empresas individuales o negocios profesionales y participaciones en entidades o derechos de usufructo que recaigan sobre las mismas, a las que es aplicable la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, hechas a favor de los cónyuges, descendientes, adoptados de la persona fallecida o cuando estos no existan a favor de ascendientes, adoptantes y colaterales del fallecido hasta el tercer grado.

La reducción está sujeta a la condición que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo muerte del adquirente dentro de este plazo.

Esta reducción ha sido recogida en determinadas aplicaciones del ISD por las CCAA. Así, Aragón, Castilla-León, La Rioja, Madrid. En Cataluña, la obligación de mantener la adquisición es de cinco años. Esta C.A. es la única que excluye el fondo de comercio de la transmisión beneficiada, puesto que solo abarca el valor neto patrimonial de la actividad económica –el patrimonio empresarial o profesional–.

La donación de empresa o participaciones, goza de la reducción del 95% de su valor cuando se realiza a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, en base a los siguientes requisitos:

El donante ha de tener 65 o más años o encontrarse en situación de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez.

El donante que viniera ejerciendo funciones de dirección, debe dejar de ejercerla y percibir remuneración por ello desde el momento de la transmisión.

El donatario debe mantener lo adquirido durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que fallezca dentro de este plazo.

Pero, no solo. A diferencia de la causahabientes; el donatario debe conservar el derecho a la exención en el IPPF durante diez años.

Los causahabientes y donatarios comparten la prohibición de realizar actos de disposición y operaciones societarias que puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición.

Esta previsión legal introduce un factor de dudosa legitimidad en la actuación del beneficio fiscal. En efecto, establece un criterio de intervención en la gestión de la empresa que no le es pertinente.

Los actos de disposición que resultan del ejercicio del derecho subjetivo (de empresa) no pueden limitarse genéricamente y sin precisiones. El empresario tiene la potestad y la responsabilidad legal de sus actos y difícilmente puede aceptarse que la Administra-

ción esté en condiciones de apreciar la conveniencia o no de una decisión que es totalmente suya. Este acto que puede dar lugar a disminuir el valor de la empresa; puede, asimismo, producir el efecto contrario. Vale la pena repetir la regla del Consejo de Estado en Francia (7-07-1958): El contribuyente no está obligado a extraer de sus negocios el máximo de los beneficios que las circunstancias le hubieran permitido realizar.<sup>232</sup>

Pero, esto se extiende, asimismo a las operaciones societarias, lo cual ratifica la ingerencia indebida en la gestión y dirección de la actividad. El resultado negativo de una fusión sería causa de la pérdida del beneficio fiscal, aunque no fuera tal el propósito objetivo y subjetivo del negocio jurídico.

En realidad, se entiende la prevención del legislador, pero, está mal expresada. El motivo de la prohibición, consiste en evitar el aprovechamiento fiscal prevalente de la adquisición por parte de los beneficiarios, sea para fraccionarla o liquidarla, partiendo de su minusvalía sustancial. Pero, entonces, se tratan de actos, procedimiento u operaciones que incurren en fraude de ley, simulación o abuso del derecho (LGT arts. 24, 25, 28) y su calificación adecuada es la de actos de disposición y operaciones societarias anómalas, anormales, inapropiadas, que extingan o pongan en riesgo la continuidad de la actividad.

### 3.2.1. Las donaciones en el IRPF

Las donaciones acogidas en el ISD no tributan por las ganancias patrimoniales que puedan derivar en el IRPF (LIRPF art. 31.3 c)).

Tratándose de elementos patrimoniales que se afecten a la actividad económica se obliga a que lo hayan estado ininterrumpidamente durante los cinco años anteriores a la transmisión lucrativa.

Es una restricción meramente recaudatoria del régimen establecido, a favor de la empresa familiar. Es evidente que el interés familiar alentaría que todos los elementos patrimoniales afectos del donante, inclusive un día antes de la transmisión lucrativa, integrasen la universalidad de bienes. No tiene sentido afirmar que con esto se pretende evitar que el contribuyente traspase elementos de su patrimonio personal al patrimonio empresarial para beneficiarse de la exención de las plusvalías que se deriven de los mismos. Con igual criterio tampoco donaría su actividad económica al núcleo familiar.

Todo lo que propenda a fortalecer la transmisión de la universalidad de bienes al núcleo receptor contribuye a su conservación, garantiza su continuidad y permite el relevo en la gestión y dirección de la actividad económica.

232. OUDENAT, P., *Fiscalité approfondie des sociétés*, París, 2001, p 241: “En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales son jueces de la oportunidad de las decisiones de gestión de las empresas”.

## 4. EL IVA Y EL FONDO DE COMERCIO

La 6ª Directiva de la U.E. faculta a los Estados para considerar no sujeta la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes sobre la base que el beneficiario adquirente continua con la actividad del transmitente (art. 5.8).<sup>233</sup>

En el IVA no está sujeta la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del contribuyente realizada a favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades del transmitente (LIVA art. 7.1).

A su turno, la doctrina administrativa enuncia que se entiende por totalidad del patrimonio empresarial o profesional el conjunto de bienes o derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo en el momento de la transmisión. “ El supuesto de no sujeción regulado afecta a la transmisión de una masa patrimonial en un determinado momento en el tiempo y no será aplicable en los casos de transmisiones de un patrimonio empresarial que excluyan elementos afectos a la actividad, aunque dichos elementos tengan un carácter residual respecto del total transmitido” (v.g. equipos informáticos, envases y productos terminados, dinero, saldos de clientes deudores y efectos (D.G.T. 28-05-1993 Expte. 976/93)).

La transposición de la Directiva en la ley español no consiente una fácil asimilación de los fines objetivos perseguidos por ambos textos normativos.

La referencia comunitaria a la universalidad de bienes como objeto de la transmisión no sujeta, propicia una interpretación bajo la perspectiva de la empresa como organización y patrimonio, bajo “un común perfil funcional unitario”. Hay una unidad patrimonial –organizada que puede ser susceptible de tráfico jurídico en su globalidad, y que provoca un destino económico común de sus elementos, distinto de la mera agregación de los bienes o derechos considerados en si mismos.<sup>234</sup>

La empresa, asumiendo su carácter de organización y patrimonio, queda reducida en su concepto fiscal por la referencia al patrimonio empresarial como objeto de transmisión.

El patrimonio empresarial es, por definición, un valor contable en el que se fija el haber líquido por diferencia entre el activo real y el pasivo exigible.

233. PAROT, J.C., *Fiscalité de la cession d'entreprise*, París, 1997, p 72.

234. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 143

PUGLIATTI, S., Op. cit, p 306; ...”la empresa en sentido objetivo o el Negocio mercantil, por la exigencia de un patrimonio en el que se materialice la organización se presenta al Derecho como una universalitas facti o iurium...” L. HERNANDO CEBRIÁ, Op. cit, p 53.

Es el sobrante que queda después de vender los activos y pagar las deudas de la empresa.

Podría discutirse si, partiendo del concepto de universalidad de derecho o de hecho se incorpora el valor (intangibile) del fondo de comercio, aunque así lo parece; pero, es indiscutible que el fondo de comercio queda excluido de la transmisión del patrimonio empresarial.

La LIVA no sujeta la transmisión del patrimonio neto empresarial o profesional, pero, somete al fondo de comercio que pueda originarse en la transmisión y siempre que sea adquirido a título oneroso y contabilizado por el adquirente.

Al límite, podría pensarse en la transmisión de empresa sin patrimonio, pero con fondo de comercio. No se realiza el presupuesto de hecho de la no sujeción; pero, queda gravado éste último.

La no sujeción en el IVA se sustenta en la cesión del patrimonio neto, excluyendo el fondo de comercio: el resultado de la diferencia entre el valor de los activos afectos y las deudas de la actividad que figuren en la contabilidad. A eso abunda la doctrina administrativa antes mencionada con la expresión relativa a la “transmisión de una masa patrimonial en un determinado momento en el tiempo”.

La perspectiva del IVA ilustra sobre el concepto de empresa subyacente en el legislador en el que, rehusando el signo del capital organizado, identifica la patrimonialidad como la expresión contable de la actividad.

La idea de la empresa como universalidad de bienes y derechos, representativa de un conjunto unitario funcional que, sin negarlos, es diferente de los elementos que la componen, propone al fondo de comercio a modo de bien reflejo del todo unitario. Es un bien inmaterial autónomo, pero que otorga valor al conjunto unitario y extrae de ella el suyo propio.

Esto conduce a una lectura de la no sujeción comunitaria más amplia y comprensiva que la del texto legal transpuesto.

No hay en la LIVA traza de universalidad de bienes, sino de transmisión del patrimonio neto empresarial, excluyente del fondo de comercio.

La cesión del fondo de comercio, en conclusión, aparece sujeta al IVA, como bien patrimonial inmaterial independiente del patrimonio (neto) empresarial.

Y a esto coadyuva la imposición, como prestaciones de servicios, que, al dictado comunitario comprende la cesión de cualquier derecho incorporal, de las obligaciones de hacer y no hacer, que habitualmente, acompañan la transmisión de empresa, en particular, de no hacer competencia y de suministrar toda la información requerida al adquirente (art. 11 5º LIVA). Y más aún, cuando se fija el lugar de realización de las prestaciones de servicios en el territorio de aplicación de la cesión o concesión de fondos de comercio como supuesto de hecho (gravado) cuando el destinatario sea un empresa-

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

rio o profesional y radique en el territorio de aplicación la sede de su actividad económica o tenga en el mismo establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio (art. 70 5º b) LIVA).

El sujeto pasivo IVA está obligado por la transmisión del fondo de comercio a la liquidación y pago del impuesto en concepto de prestación de servicios.

Pero, ello en el bien entendido de un sujeto pasivo IVA obligado a la llevanza de la contabilidad mercantil.

Si el sujeto pasivo IVA no está obligado por la contabilidad mercantil no quedaría inmune al pago del impuesto, pero, atendiendo la indiferencia de frontera entre su patrimonio profesional y personal y, en coherencia con lo ya afirmado, respecto de la inseparabilidad del fondo de comercio de su propia persona, debería gravarse por autoconsumo de servicios (art. 12 1º LIVA), al cese de su actividad.

Esta también sería la solución para todos los trabajadores autónomos sometidos al régimen general del IVA.

No obstante, ante un sujeto pasivo sujeto a regímenes especiales (simplificado, agricultura, comercio minorista en recargo de equivalencia) convendría tener en cuenta que la transmisión onerosa del fondo de comercio puede estar sometida al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 7.1 a) TRLITPAJD), que no al IVA. No se trata de una operación empresarial o profesional, sino que recae en forma clara sobre el patrimonio personal de los contribuyentes.

Sobre tal base bien pueden estimarse sujetas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales las operaciones realizadas por los que no son ni están en el régimen general del IVA, ni gozan en su plenitud de la calificación de sujeto pasivo, en aquellos territorios identificados como de trabajo autónomo (no profesional). “En todo caso, la calificación respecto a un bien sobre su inserción en el patrimonio personal o no es determinante”.<sup>235</sup>

En suma, la transmisión del fondo de comercio puede dar lugar a tres posiciones subjetivas diferentes.

El comerciante o empresario debe tributar como prestación de servicios.

El profesional debe soportar el gravamen como autoconsumo de servicios.

El trabajador autónomo en alguno de los regímenes especiales no está sujeto al IVA, debiendo tributar la operación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

La contabilidad mercantil y fiscal permite establecer un funcionamiento similar en el régimen general del IVA que facilita en ambos casos, la diferencia entre el patrimonio personal y empresarial; cosa que no llega a suceder con los contribuyentes que no lo están.

235. ACOSTA ESPAÑA, R., *Impuesto sobre Transmisiones y Operaciones Societarias*, T. VII-Iº en Comentarios a las leyes tributaria y financieras, Madrid, 1991, p 371.

#### 4.1. LA SUJECCIÓN DEL EMPRESARIO

El sujeto pasivo IVA encuadrado en el régimen general, está gravado por la cesión del fondo de comercio.

Los argumentos en que se apoya la conclusión son los siguientes:

Primero, la no sujeción del patrimonio empresarial en caso de continuidad por el adquirente no comprende el fondo de comercio. El valor de los bienes y derechos afectos a actividad empresarial se determina mediante la fórmula Activo menos Pasivo Exigible que, como se ha dicho, no comprende al fondo de comercio, sea positivo o negativo. No hay transmisión universal de empresa.<sup>236</sup>

Segundo, el fondo de comercio puede calificarse, en la ratio comunitaria, como una cesión de derecho incorporal calificada como prestación de servicios; en rigor se trata de la cesión de un bien mueble inmaterial.

En la doctrina administrativa se plantea la diferencia entre el derecho de traspaso del propietario al arrendatario y el derecho de éste de cesión de su fondo de comercio. El propietario presta un servicio al arrendatario, permitiendo que traslade el uso del local al tercero y el arrendatario presta un servicio al tercero al cederle su fondo de comercio. Ambos son sujetos pasivos: uno por el traspaso del local de negocio y el otro por la cesión del fondo de comercio propio (DGT CV 16-12-1986).

Tercero, la obligación de no hacer (competencia), que es una estipulación contractual, la cual normalmente acompaña, la transmisión de fondo de comercio; así como la obligación de información al adquirente, si también se pacta; indican la sujeción al IVA del fondo de comercio, siempre que ocurran por precio.

“Toda retribución que se pacte en contraprestación al no ejercicio de un derecho o a su renuncia constituye un acto sujeto a gravamen en el que el sujeto pasivo es el receptor y destinatario del servicio es el pagador”.<sup>237</sup>

Cuarto, la cesión y concesión de fondo de comercio, de exclusivas de compra y venta, del derecho a ejercer una actividad profesional son servicios que se consideran prestados en España cuando el destinatario es un empresario o profesional establecido en el territorio de aplicación (LIVA art. 70.1.5º).

La cesión de fondo de comercio, en términos generales, es una prestación de servicios sometida al IVA cuando el sujeto pasivo la efectúa sometido al régimen general del Impuesto. A esto cabe añadir, en su caso, la estipulación contractual de no hacer (com-

236. BATALLA y MONTERO DE ESPINOSA, A., *La transmisión del patrimonio empresarial en el IVA y la Inspección de Hacienda*, Madrid, 1984, p 11.

237. ZURDO RUIZ, J.-AYUCAR, J., *Tratado sobre el IVA*, Madrid, 1993, p 243.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

petencia) o de hacer( información) que también están sujetas cuando ocasionan una contraprestación.

De modo que el IVA recoge el fondo de comercio en su singularidad y lo somete a su aplicación, aún cuando no esté sujeta la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial siempre que el comprador continúe realmente con la actividad. Dicho sea de paso, en el IVA aparece el fondo de comercio como bien jurídico inmaterial de contenido patrimonial autónomo.

### 4.2. LA SUJECIÓN DEL PROFESIONAL

La actividad profesional de la persona física tiene por núcleo la prestación independiente de servicios y cuya prueba estriba en la exigencia censal en el Impuesto sobre Actividades Económicas. El profesional sometido al régimen general del IVA seguiría la disciplina del empresario, salvo por un detalle relevante cual es la indisociabilidad del fondo de comercio de su titular, lo que supone su calificación de bien inmaterial distinto y separado de su competencia personal. El fondo de comercio es la persona física. Y esto, también, es extensible a las artes y oficios inordenados, fundados en el capital humano del que las presta o efectúa. Por tanto, hay una operación sujeta -la cesión de fondo de comercio- que nunca podría llevarse a cabo como unidad diferenciada de los elementos que lo integran. Obviamente, ello no sería aplicable a la cesión individualizada de algunos de sus componentes (secreto posesorio o secreto propietario) que serían gravadas en su naturaleza como prestación de servicios.

No obstante, hay un supuesto en el cual el valor total y global de la profesión, arte u oficio, se condensa en la persona física y esto a fines del IVA es cuando se produce el cese en el ejercicio de la actividad económica que determina la sujeción. El cese en la condición de sujeto pasivo IVA supone la reunión de su patrimonio profesional en su persona y, en consecuencia, autoconsumo de servicios (LIVA art. 12 1º). El cese ocasiona objetivamente el encuentro entre el fondo de comercio intrínseco y su valor (propio) de realización. Por tanto, el fondo de comercio profesional resulta sometido como autoconsumo de servicios al cese del ejercicio de la persona física.

### 4.3. LA NO SUJECIÓN DE LOS SUJETOS PASIVOS DE RÉGIMENES ESPECIALES DEL IVA

La Administración tributaria entiende que la transmisión del fondo de comercio constituye la transmisión de un bien o derecho utilizado exclusivamente en la actividad

y, por tanto, el contribuyente no está obligado a efectuar la liquidación y pago del Impuesto. Se trata de un comerciante minorista sometido a recargo de equivalencia que transmite parte de su negocio y con éste el fondo de comercio. La respuesta se basa en LIVA art. 154.2.3 (DGT 22-04-1998).

El fondo de comercio es una operación imponible para cualquier sujeto pasivo IVA, empresario en régimen general. Sin embargo, la doctrina administrativa, si bien para el comerciante minorista, establece su no sujeción porque se trata de un bien o derecho utilizado exclusivamente en la actividad.

Si pudiera expandirse la contestación llegaríamos a la conclusión que la transmisión del fondo de comercio de un sujeto IVA a régimen especial (simplificado, agrícola, comerciante minorista) no está sujeto porque no existe patrimonio empresarial, inclusive en el sentido fiscal. Hay algunas actividades en las que la operación nunca llega a separarse del patrimonio personal del realizador: hay bienes que son utilizados exclusivamente en la actividad económica que están insertos en el patrimonio personal del contribuyente.

Si ello es así, la no sujeción al IVA implica la correlativa sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (TRITPAJD art. 7.1 a)). La transmisión del fondo de comercio –bien de utilización exclusiva del contribuyente en su actividad– es una transmisión onerosa de algo que pertenece o está integrado en el patrimonio personal. El bien no está gravado porque integra el patrimonio personal de los sujetos IVA considerados como pequeños empresarios civiles y, por ello, en regímenes especiales.

Si no fuera así, quedaría sin fundamento la no sujeción de la transmisión del fondo de comercio al IVA. La interpretación, por fuerza, conduce a identificar que la no sujeción se produce, precisamente, porque no es posible justificar la separación del fondo de comercio de la actividad personal directa del contribuyente y de su patrimonio como persona física. Podría sustentarse, sin embargo, que hay un espacio ocupado por operaciones que no están sujetas al ITP, al constituir operaciones empresariales, y, tampoco, al IVA si se declara expresamente su no sujeción al Impuesto.<sup>238</sup>

La no sujeción al IVA de las transmisiones de bienes o derechos utilizados exclusivamente en las actividades de las personas físicas sometidas a regímenes especiales IVA obedece a su inclusión en el patrimonio personal de los mismos y, por tanto, su circulación jurídica en el tráfico patrimonial entre particulares.

238. CENCERRADO MILLÁN, E., Op. cit, p 200.

#### 4.4. EL ARRENDAMIENTO DE EMPRESA Y EL FONDO DE COMERCIO

Se considera prestación de servicios el arrendamiento de empresa o establecimiento mercantil, con o sin opción de compra (LIVA art. 11.2.2ª).

El fondo de comercio puede transmitirse, conjunta o separadamente, con la organización económica. Pero, también, ser objeto jurídico a su explotación o derecho de uso. Y, entonces, puede existir un arrendamiento o usufructo del fondo de comercio separado de su titular o propietario.

El arrendamiento convierte al arrendatario en gestor, a su riesgo y ventura, de la explotación del fondo de comercio concedido por el propietario. O, si se descompone en nuda propiedad y usufructo convierte en gestor al usufructuario.<sup>239</sup>

El fondo de comercio puede transmitirse mediante enajenación o concederse por un tiempo determinado a cambio de precio (LIVA art. 70 se refiere a la cesión o concesión de fondos de comercio).

Los motivos del arrendamiento del fondo de comercio o usufructo permiten al arrendatario o usufructuario ensayar, con carácter previo a la adquisición de la empresa o de la entidad, la rentabilidad y funcionamiento de la organización, minimizando, en todo caso, su compromiso.

El propietario, a su turno, se asegura un rendimiento fijo y periódico de la explotación del fondo de comercio, sin necesidad de arriesgarse en su actividad. O, que deviene heredero de una empresa que no puede o no quiere gestionar; o es un incapaz; o tiene problemas de incompatibilidad con el ejercicio comercial.

Una de las causas frecuentes es la insuficiencia de capital financiero para adquirir la empresa o establecimiento por lo que se suscribe el arrendamiento con opción de compra, lo cual posibilita su explotación inmediata y la generación de fondos para su adquisición.<sup>240</sup>

El arrendamiento de fondo de comercio está gravado como prestación de servicios en el IVA. Pero, de cara a los otros impuestos, debe reflejar una realidad jurídica efectiva, impidiendo que sea un modo de evitación fiscal o de ahorro fiscal indebido.

En la práctica francesa se desconfía del arrendamiento-encubierto, que disimula una verdadera venta del fondo de comercio. Si ello ocurre, hay nulidad de contrato “que tiene por objeto disimular parte del precio...de una cesión de fondo de comercio o de clientela (CGI art. 1840).

239. RIPERT,G.-ROBLOT, R., Ed. L. Vogel, cit, p 351.

240. LEMEUNIER, F., Op. cit, p 136.

La simulación se produce toda vez que el contrato de arrendamiento, por ejemplo, contiene una promesa simultánea de venta. O cuando la cuota arrendaticia es excesiva con relación al valor arrendaticio del fondo; el depósito de garantía es exagerado; el arrendador no puede recuperar el bien arrendado.

La Administración puede recalificar el arrendamiento como si de venta se tratase, en base al abuso de derecho (LPF art. 4). En todo caso, se exigirán las plusvalías de la transmisión y de los derechos reales de transmisión o registro, que gravan las cesiones a título oneroso de los fondos de comercio o de clientela (CGI art. 719). La cuota arrendaticia para a ser precio o parte del mismo por la adquisición del fondo de comercio.<sup>241</sup>

#### 4.5. FRANCIA Y LOS DERECHOS DE REGISTRO

Francia somete a Derechos de Registro la transmisión a título oneroso de los fondos de comercio o de clientela. Ante la falta de cualquier disposición legal excluyendo la sumisión acumulativa de las ventas de los fondos de comercio al IVA y a los Derechos de Registro, es la doctrina administrativa la que admite que el IVA no se exija sobre la cesión. Esta doctrina se adecua a la 6ª. Directiva comunitaria, que en su artículo 5.8 da la facultad a los Estados miembros de no someter al IVA las transmisiones de universalidades o bienes, entre las que figuran los fondos de comercio.<sup>242</sup>

Los tramos de imposición son los siguientes:

- Fracción que no excede 150.000 francos: 0%
- Fracción de precio entre 150.000-700.000 francos: 4.80%
- Fracción de precio superior a 700.000 francos: 4.80%

Las base imponible es el valor normal de mercado (*valeur vénale réelle*) y las cargas asumidas por el comprador en beneficio del vendedor, v.g. repercusión de impuestos, indemnizaciones laborales previas a la cesión, los compromisos de liquidar el pasivo exigible que grava la explotación del fondo de comercio.

En suma, la cesión de fondos de comercio y de clientela no dan lugar a liquidación y pago del IVA, en la medida en que son sometidas al Derecho de Registro. En cambio, los arrendamientos están sujetos al IVA y el arrendatario puede deducir del IVA sopor-tado por la explotación del fondo; el IVA devengado por las cuotas arrendaticias del contrato.

241. PAROT, J.C., *Fiscalité de la cession* cit, p 119.

242. PAROT, J.C., *Op. cit*, p 72.

## 5. EL SECRETO POSESORIO

El secreto industrial, de la organización, es cualquier información no disponible ni conocida en el mercado, cuya posesión ocasiona una ventaja competitiva.

“...información, incluyendo una fórmula, modelo, compilación, programa, mecanismo, método, técnica o procedimiento que:

- 1) Origina un valor económico autónomo, actual o potencial, de su desconocimiento o dificultad para ser fácilmente determinable mediante medios propios, por tercero que pueden obtener un valor económico de su conocimiento o uso
- 2) Es la materia de esfuerzos que hace razonable bajo las circunstancias mantener en secreto” (Section I (4) Model Uniform Trade Secrets Act).

Es una información propia que condensa conocimientos y experiencias de su realizador que concede ventaja económica sobre los que la desconocen que no pueden, sin tiempo o coste, conseguirla.

El secreto industrial no es meramente un medio de fabricación o de manufactura; sino, que, actualmente, cubre todo el ámbito de información creada o adoptada por la organización que en su aplicación proporciona ventaja en el mercado: un conocimiento técnico, transmisible, que no es inmediatamente accesible al público y no está patentado.<sup>243</sup>

En sus principales características, el secreto de la organización proporciona una ventaja económica, sea en reducción de costes o precios más elevados; crea barreras a la competencia, en términos de tiempo o de inversión y, por último, contribuye a crear una posición en el mercado.

Puede, inclusive, ser la consecuencia del secreto al secreto: al titular no le interesa hacer públicas sus ventajas o éstas tienen una obsolescencia superior al periodo de patentabilidad o, finalmente, no le interesa revelar la dirección de sus procedimientos de innovación tecnológica o investigación y desarrollo.<sup>244</sup>

Es un secreto posesorio, que no propietario, que denotando el saber-hacer conforma un bien jurídico inmaterial susceptible de cesión o transmisión por señorío de su titular.

243. MOUSSERON, J.M., PELISSIER, A., Op. cit, p 137.

244. SMITH, G.V., PARR, R.L., Op. cit, p 30.

El objeto del contrato de know-how atiende la transmisión de un particular bien inmaterial -información técnica, científica, comercial- mediante el pago de un canon y en cuya virtud el concesionario acuerda un deber de confidencialidad, obligándose, incluso después del cese del contrato, a no divulgar los secretos puestos a su disposición.

El contenido puede aludir a una invención no protegida por patente o procedimientos o fórmulas que, aunque no patentadas, sean anejas a una patente de invención. Finalmente, puede indicar un particular atributo de valor propio, aunque no patentado, del concedente. Por ejemplo, la OCDE reconoce que el know how puede ser un intangible comercial o de marketing (OCDE, cit. Cap. 6 (B) (i) (6,5)) o, un proyecto de investigación y desarrollo.

“En modo sumario se puede individualizar el objeto del contrato en cuestión en la transferencia de una tecnología, de un método innovativo pero de experimentada aplicación no patentable o para la que no se desea solicitar la patente”.<sup>245</sup>

La transmisión onerosa de alguno de los elementos integrantes del secreto de la organización da lugar a una ganancia para el transmitente y a un coste para el adquirente. El valor económico entre las partes, radica en el secreto custodiado que se pone a disposición de la otra parte. Cualquier bien susceptible de otorgar un mutuo beneficio económico a los contratantes puede ser objeto de transferencia de know-how: experiencias de gestión o técnicas, resultantes en manuales operativos, diseños, instrumentos, procedimientos de instalación; fórmulas, métodos de combinación, temperaturas, ingredientes; procedimientos contables, prácticas de personal, técnicas de ventas; conocimiento negativo o prácticas fallidas; listas de clientes, itinerarios; pruebas y ensayos de materiales; proveedores.<sup>246</sup>

La adquisición de elementos del secreto de la organización conforma la transmisión de bienes inmateriales mediante contraprestación. Estos intangibles se contabilizarán dentro del inmovilizado inmaterial y son, por tanto, amortizables.

La amortización del know-how adquirido propone, una vez que se admita su funcionalidad, la determinación de su vida útil, su tiempo previsible de explotación. No siendo un secreto propietario -marca o patente- la respuesta de su ciclo amortizable debe incorporarse al apartado del Restante Inmovilizado Inmaterial, que permite un periodo fiscal con el límite anual máximo de la décima parte de su importe, siempre que no tengan fecha cierta de extinción (LIS art. 11.4 y 5).

245. MINGUZZI, I.G., *I Contratti Commerciali*, Rimini, 1990, p 245.

246. SMITH, G.V.-PARR, R.L., cit, p 29.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

No obstante, la particularidad del activo obliga a plantear, con carácter anual, la justificación por el contribuyente de la depreciación efectiva.

La ausencia de patente y de protección erga omnes del know how sugieren una amortización acelerada o de breve duración.<sup>247</sup>

El PGC determina que el inmovilizado inmaterial estará formado por elementos patrimoniales intangibles constituidos por derechos susceptibles de valoración económica, con capacidad para generar ingresos en el futuro.

El producto de know-how cedido reúne estos caracteres y su amortización se calcula en función de la vida útil del mismo. Si no se verifica una fecha cierta de extinción, la deducción amortizable tiene el límite anual máximo de la décima parte de su importe.

A efectos de valoración se aplican las reglas del precio de adquisición.

El canon en el IS es gasto deducible del periodo por parte del concesionario, ya que, en principio, no debe suponer transmisión del bien inmaterial que se adquiere. Sin embargo, del examen de la naturaleza jurídica de la licencia de uso podría resultar que el canon sea precio de inversión o gasto plurianual, imputable al periodo como gasto amortizable, aunque la posesión siga formalmente en el licenciante.

La adquisición de Know how habilita la deducción de la cuota en el IS en concepto de innovación tecnológica (LIS 33.2).

La cesión o concesión de Know how aparece como prestación de servicios sujeta en el IVA (LIVA 11.2.4ª.), en la medida en que se la asimile a prestaciones análogas de propiedad intelectual o industrial. Y ello es pertinente, porque, en rigor, la expresión correcta no es esa, sino la que utiliza el legislador fijando el lugar de realización de algunas prestaciones especiales de servicios (LIVA art. 70) en cuando hace referencia a “El suministro de informaciones, incluidos los procedimientos y experiencias de carácter comercial” (f). Aquí pareciera precisarse la cesión o concesión de know how.

No hay mención en el IRPF al contrato de know-how, si acaso la referencia a los rendimientos de asistencia técnica calificados como de capital mobiliario, salvo que la prestación se desarrolle en el ámbito de una actividad económica (LIRPF art. 23.4.b).

El canon es reconocimiento de capital mobiliario, por el uso o concesión de uso de procedimientos secretos, informaciones sobre experiencias industriales, comerciales o científicas (LIRNR art. 12).

247. PIERRE, J.L., Op. cit, p 52, el Consejo de Estado emplea la fórmula del carácter normalmente previsible de cese de uso del bien inmaterial en una fecha determinada.

## 5.2. LA CESIÓN DE KNOW HOW

Los procedimientos y experiencias en el seno de la organización, bajo secreto posesorio, pueden ser objeto de tráfico jurídico, acompañando o no la transmisión de patente.

La información que se deduce del know-how adquiere un valor intrínseco en la medida en que sin su conocimiento no puede obtenerse, en lo inmediato y efectivo, la ventaja competitiva a que se aspira mediante su adquisición. Se trata de un ámbito protegido por el secreto de la organización sin cuya exposición se dificulta en coste o tiempo la consecución de los resultados logrados con su utilización.

Por un lado, la información desarrollada puede suscitar atracción en sí misma, aunque no reúna condiciones de patentabilidad o, alternativamente, tratarse de una información que es subsidiaria de una patente o accesorio necesario para su articulación. El know-how que se vertebra desde la patente es un complemento indispensable de su valor y puesta en ejecución, por lo que difícilmente pueda predicarse su autonomía jurídica de la misma: lo principal es la cesión de la patente y el know-how es accesorio o complementario.

En cambio, la cesión del secreto posesorio no patentable exhibe un perfil jurídico propio y diferenciado, propio de un bien inmaterial susceptible de tráfico jurídico patrimonial, aunque ni sirva o coexista a la transmisión de patente.

De modo que el objeto del know-how se desdobra en dos grandes vías de circulación jurídica; como complemento, accesorio, elemento subsidiario de una invención patentada o, en sí mismo, como procedimientos y experiencias que comportan un valor económico para el que aspira a su utilización, aunque no patentado.

En sentido estricto, el know-how, como el fondo de comercio, es un bien jurídico de información, bajo el secreto posesorio de su titular, que no puede saberse si no es a través de su utilización.

La contraprestación por uso o concesión del uso (uso de la posesión) se denomina canon.

El IRNR ofrece (art. 12) una definición específica y recaba su calificación como rendimiento del capital mobiliario (LIRNR art. 12.1.b.b y e) aludiendo a los cánones y otros rendimientos del capital mobiliario satisfechos por residentes.

El canon es, en principio, un rendimiento del capital derivado de la transmisión de la posesión para su uso de naturaleza similar a una renta arrendaticia por el alquiler de un bien. De esta forma se desprende una consecuencia jurídica destacada: el know-how no supone la cesión de propiedad (lo cual surge de la propia configuración), sino la concesión (posesoria) del uso; sin perjuicio que el canon sea percibido en importe único o periódico.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

La ausencia de reglamentación amplía el confín del know-how asimilado a la propiedad industrial, aunque el secreto posesorio no esté amparado por título de dominio ni sea objeto de registro o publicación. Es un bien inmaterial que vale entre las partes que lo convienen y que supone un patrimonio sustantivo e identificable o determinable en base a la experiencia que da origen a la utilización de la información.<sup>248</sup>

El derogado RIS (art. 113) fijaba un concepto, aún estable bajo el nuevo IS, en cuya virtud el canon es una contraprestación devengada por terceros, procedente de la cesión a la empresa de derechos y demás bienes, cuando no se transmita la propiedad de los mismos. En particular, las informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales, científicas.

El canon supone el alquiler por el uso de una información valuable. Pero, no solo, porque, también, el canon podría individualizar la contraprestación por una inversión (compra) o gasto plurianual.

El canon sobreentiende que el dominio posesión del bien permanece en su titular: la transmisión del dominio/posesión de un bien inmaterial no genera canon, cualquiera que sea la denominación otorgada al contrato y la forma de pago o que dependa de la productividad o utilización del bien concedido.<sup>249</sup>

La cesión (de posesión) de know-how por precio no origina un canon, sino que se equipara a una operación mercantil ordinaria, lo cual se deduce del contrato celebrado: el precio podría encubrir o integrar el canon para la utilización del bien. Así el canon aparece siempre que la realidad jurídica efectiva entre las partes señale que no se produce la cesión (de posesión) del bien intangible (TS 26-02-00), lo cual derivará en beneficio de actividad económica o, aún, en ganancia patrimonial.

### 5.3. EL KNOW HOW Y ASISTENCIA TÉCNICA

La concesión de secreto posesorio apareja canon; pero, hay una zona difusa en la que el know-how y el show-how van en paralelo, surgiendo la duda sobre la naturaleza de la contraprestación, sea como rendimiento del capital mobiliario, empresarial o profesional.

La OCDE, apunta como elemento diferenciador el que la asistencia técnica es prestación de servicios dentro de la normal y ordinaria competencia del prestador. La contraprestación no será canon, sino honorario profesional o beneficio empresarial.

---

248. GOUTHIERE, B., Op. cit, p 246

ZAGATO, L., *Il contratto comunitario di licenza di know how*, Padova, 1996.

249. PIAZZA, M., Op. cit, p 429.

El suministro de experiencia y conocimiento es el núcleo esencial de la transferencia de know how, que no obliga a su titular a participar en su aplicación ni a comprometerse en el resultado. La transmisión de conocimiento y experiencia científica, comercial o industrial tiene un contenido de dar, que no de hacer, sino accesoriamente: “se transfiere un bien económico distinto –conocimientos secretos, sustanciales e identificados-”.<sup>250</sup>

La frontera de la cesión de know how está trazada con respecto a la asistencia técnica, siendo ésta, por norma, una prestación de servicios en base a “las habilidades propias habituales para realizar un trabajo para la otra parte” (OCDE comentarios part. II, art.12 Modelo CDI). Por lo tanto, no es know how la ejecución de servicios de posventa; informes legales, técnicos, contables; entrenamiento para los empleados del cliente, programa técnico de desarrollo adecuado a las especificaciones del cliente. La asistencia técnica puede originar un rendimiento de capital mobiliario (del profesional persona física) o empresarial.

En estricto sentido jurídico, la transmisión de know how y la asistencia técnica resisten la identificación.

El contrato de know how perfecciona la transferencia por enajenación onerosa y la correlativa aprehensión del comprador de un cierto conocimiento, información o experiencia secreta: hay una cesión posesoria onerosa (C.C. art. 460) perfectamente equivalente a la transmisión dominical; o, una concesión a cambio de canon por su uso.

La asistencia técnica responde al modelo de arrendamiento de servicios o de obra (C.C. art. 1544) hay una obligación de trabajo o actividad del prestador o de resultado, al servicio del prestatario.

La concesión o cesión de secreto posesorio no es equivalente, entonces, a la prestación de los conocimientos profesionales o empresariales ordinarios y usuales.

El canon comprenderá solamente aquellos contratos mixtos en los que las prestaciones de servicios tienen conexión directa y necesaria con la concesión del know-how y son elementos de su ejecución. “Existe por así decirlo, una vis atractiva hacia el concepto de canon de aquellas prestaciones que acompañen a la cesión del Know-how” (D.G.T. 14-01-2002). Cuando del contrato entre las partes puede interpretarse que lo principal es la concesión de uso de know-how, condicionará la retribución de los otros componentes accesorios conforme a su naturaleza. La asistencia técnica es subsidiaria y funcional a la puesta en práctica de la información secreta que se concede.

Pero, no puede desecharse que la calificación de la asistencia técnica pueda retribuirse mediante canon y, por tanto, quedar sujeta a una disciplina análoga a la licencia de know-how. Básicamente, cuando la asistencia técnica no comportando una actividad

250. PIAZZA, M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 1999, p 433.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

profesional o empresarial exhibe su carácter de fruto (civil) de capital intelectual y humano. La asistencia técnica como conocimiento específico y experiencia puede ser identificada como know-how.

Hay un patrimonio de experiencia y conocimiento cuyo fruto es la información ignorada o desconocida para el receptor y secreta para el que la concede.

La prestación del servicio no preexiste a la información, sino que coexiste en su realización. La información es el fruto del capital intelectual, del conocimiento secreto del prestador y, por tanto, origina rendimientos del capital mobiliario, en especial, el canon por asistencia técnica.

Por eso, la asistencia técnica da lugar a renta del capital en el IRPF, salvo que dicha prestación tenga lugar en el ámbito de una actividad económica (LIRPF art. 23.4.b).

La única forma de asistencia técnica que puede aislarse de la actividad de empresa o profesión es la que se configura como un conocimiento inmaterial inseparable del cedente, de su competencia especial o experiencia, como capital (intelectual) que da, como es obvio, renta del capital: canon.

Solo cuando la asistencia técnica se presta en el ámbito de empresa o profesión desplaza la calificación del rendimiento (del capital) a la de actividad económica. Por ejemplo, los rendimientos de asistencia técnica derivados de actividades económicas no residentes sin mediación de establecimiento permanente y que sea utilizada en el territorio porque se refieren a actividades o bienes situados aquí (LIRNR art. 12.b.b). Pero, es un error afirmar que siempre y en todo caso los rendimientos obtenidos por no residentes, derivados de prestaciones de asistencia técnica se consideran procedentes de una actividad económica. No es correcto. La norma general que prima a la hora de calificar la renta de asistencia técnica no es sino la del IRPF.

Hay un fruto (civil) de capital intelectual que origina renta del capital, salvo que se establezca su carácter empresarial o profesional. Puede decirse, tentativamente, que la asistencia técnica es, en algún modo, el nombre del know-how, su sinécdoque.

La asistencia técnica, extraída de su propio ámbito de organización de la actividad económica típica, usual, habitual del prestador, supone la prestación del propio valor capital del sujeto, mediante el suministro de la información y experiencia, que no está encuadrada en el objeto de su empresa: la transferencia de tecnología, en suma, no tiene nexo con el fin o el propósito productivo último que inspira al transmisor o cedente, sea en el propio plano industrial como en el de la asistencia o consultoría técnica.

Esta asistencia técnica, engloba know-how y todo tipo de utilidades objetivas que pretende el que la arrienda para su uso.

La base contractual puede sugerir, entonces, el know-how y la asistencia técnica separadamente, calificando ésta última como una obligación de resultado propia de la ejecución diligente de servicios (formación, adiestramiento del personal) o, la asistencia

técnica como síntesis de prestación integradora del know-how. La asistencia técnica como valor del capital organizativo distinta de la actividad económica usual y ordinaria del que la presta. En este caso, el bien inmaterial comprende tanto el secreto de la experiencia o información cuanto las competencias para que su utilidad objetiva pueda redundar al prestatario que lo recibe.

Es evidente, que el interés a la prestación del know-how debe concretarse en su utilidad para el prestatario: el secreto en sí mismo puede suponer desutilidad si no se acompaña de asistencia técnica (saber hacer), que no es la normal competencia conocida, sino aquella específica que sirve para la aplicación del secreto. No es el informe del abogado o del contable que sirve, sino, la capacidad organizativa del creador del know-how para que su obra funcione y sea útil.

La enseñanza aplicativa del Know-how es tanto como el propio secreto de la experiencia o la información cuyo uso se cede. No implica que el licenciante participe en la aplicación o garantice su resultado (salvado obviamente el deber de neminem laedere, el deber de protección del prestatario), sino, que la experiencia o información secreta podría quedar inoperante sin la asistencia técnica para su puesta en funcionamiento.

La asistencia técnica, entonces, engloba el Know-how, generando el canon, cuando, la naturaleza de las informaciones suministradas son secretas y se distinguen del conocimiento usual de la actividad económica en que se origina o, dicho de otro modo, la transferencia de la información y su implementación son indivisibles y no constituyen el objeto social de la actividad económica: la asistencia técnica, además de necesaria, supone enseñanza de un secreto creador de utilidad objetiva y que no está disponible en modo público y evidente. Precisamente, para eso se paga una contraprestación. Esta asistencia técnica es fruto (civil) del capital organizativo.

No obstante, se reitera, cuando la relación entre éste y la asistencia técnica sea separable y pueda distinguirse entre el bien inmaterial y la ejecución de servicios posteriores en el seno de la propia organización que así lo contempla en su actividad usual y habitual. En este caso, la retribución podrá adoptar la forma de canon y beneficio empresarial o profesional.

En suma, lo que se recaba como especial es la asistencia técnica que está vinculada al know-how y que sirve de vehículo a la transferencia de un fondo de comercio tecnológico al beneficiario de la prestación.<sup>251</sup>

251. PIERRE, J.L., Op. cit, p 107 n. 279.

### 5.3.1. Contratos mixtos. La franquicia

El problema también puede suscitarse en otros contratos mixtos, donde comparecen know how y asistencia técnica, entre otros objetos, en los que deberá ponderarse el peso específico de cada uno de los contenidos, a efectos de determinar la efectiva realidad jurídica del negocio jurídico celebrado; calificación fiscalmente relevante porque puede alterar la naturaleza de la contraprestación, sea ganancia de capital, canon o rendimientos profesionales o empresariales.

Así la OCDE propone, primero, diferenciar las distintas partes del contrato, aplicando la respectiva contraprestación conforme a su contenido o, segundo, si no fuera posible, determinando una única contraprestación en función del propósito principal del negocio jurídico, lo cual arrastraría a las demás consideradas accesorias (MOCDE Com. Par.II art.12).

El contrato mixto se plantea, como problema, en el franchising.

El contrato de franquicia supone al concesionario beneficiarse, por precio, del Know-how del concedente, la asistencia técnica y financiera y, según se trate, del suministro de los productos.

El franquiciado, aprovecha la fusión de la propia imagen con la del franquiciante, al punto de hacer creer en una empresa única con otros tantos establecimientos; sin perjuicio que suyo es el riesgo de explotación.

El contrato de franquicia tiene un contenido complejo, reticente a su disolución en una forma típica de retribución; ya que, normalmente comprende, la cesión de uso de la marca, nombre, signos distintivos; el modelo empresarial del franquiciante; el know how; la asistencia técnica y formación del personal y, en su caso, los productos o materias primas.

La posición de la OCDE, adoptada por la Administración tributaria, indica que hay que centrarse en el objeto principal del contrato para establecer el tipo de retribuciones que resultan (ganancias de capital, cánones, rendimientos de actividades económicas) ...”pues si una de ellas constituye con mucho el objeto principal del contrato, la total retribución podrá tratarse como corresponda a esa categoría (DGT 3-08-1992).

El franquiciado paga una cantidad alzada por la franquicia; un canon sobre la facturación; el precio de los suministros; los honorarios profesionales o empresariales por la asistencia técnica, financiera, formativa.<sup>252</sup>

La naturaleza jurídica de la franquicia orienta, desde la perspectiva del derecho comunitario, una relación jurídica en virtud de la cual el eje es la transmisión del mode-

252. CHULIÁ, FV., *Introducción*, cit, p 784; RIPERT, G.,-ROBLLOT, R.,-VOGEL, L., Op. cit, p 134.

lo empresarial que justifica restricciones a la competencia porque debe protegerse el know-how cedido, la unidad de la red de franquicia y la reputación del franquiciante (Pronuptia STJCE de 17-12-1986; reglamento de exención 4087/88 de 30-11-1998).

En rigor, se ve, la franquicia, en su concepto global, supone la cesión de modelo de empresa, de un fondo de comercio ajeno, a cambio de un precio, que posibilitará construir uno propio. (En Francia, la reciente jurisprudencia reconoce al franquiciado la propiedad de su clientela vinculada al fondo, puesto que asume a su riesgo y ventura la explotación del fondo de comercio).<sup>253</sup>

En consecuencia, la franquicia da origen a una cantidad alzada que es la remuneración por la adquisición del fondo de comercio del franquiciante. Y este es el dato determinante del contrato de franquicia a efectos fiscales. Sin embargo, el valor patrimonial singular de elementos que contiene, generan, a su turno, contraprestaciones adecuadas a la característica de cada uno de ellos.

El franquiciado compra un modelo de empresa, para crear el suyo, sobre el crédito ajeno. Una vez que lo consigue, tendrá su propia imagen y fondo merced a su esfuerzo.

El franquiciado, empresario autónomo, adquiere, partiendo de la cesión de fondo de comercio, la posibilidad de obtener uno suyo propio, lo cual establece definitivamente que no es dependiente del franquiciante, ni mero arrendatario, pese a la apariencia de unidad de empresa de la red de franquicia.

La transmisión de know how lleva necesariamente a su uso finalizado a las contingencias de la facturación por lo que asimilada a un alquiler, originará cánones; como pasa con las marcas y signos distintivos.

La asistencia técnica, financiera o formativa tiene como contrapartida la remuneración de servicios ejecutados.

Finalmente, el precio es la contraprestación por los suministros de mercancías o materias primas.

La técnica OCDE postula desagregar las retribuciones para aplicar a cada elemento su propia disciplina fiscal, salvo que el objeto principal del contrato se pueda deducir de algunas de sus partes, lo cual justifica la calificación del conjunto convencional (v.g. la cesión onerosa de fondo de comercio, si fuera lo principal, determina que el tratamiento tributario gire sobre la ganancia patrimonial o empresarial del franquiciante y, correlativamente, la adquisición de un activo intangible amortizable por el franquiciado)<sup>254</sup>

253. RIPERT-ROBLOT-VOGEL, cit, p 331.

254. GOUTHIERE, B., *Les impôts dans les affaires internationales*, París, 2001, p 250: "...jugaría la regla de lo accesorio sujetando al conjunto de las retribuciones al régimen aplicable a la prestación principal".

#### 5.4. LAS LICENCIAS DE USO DE KNOW HOW. EL ARRENDAMIENTO

El know how es un bien inmaterial transmisible, bajo reserva de confidencialidad y su posesión pacífica es fruto del acuerdo entre las partes, protegido por la norma mercantil y penal sobre la custodia del secreto de empresa y la competencia desleal.

No hay una cesión de titularidad dominical, sino una enajenación posesoria con plenos efectos inter partes, que permite al adquirente servirse para sus finalidades de los usos que le son propios para su actividad.

La consecuencia es que produciéndose una transferencia de posesión a título oneroso se perfecciona una ganancia patrimonial o un beneficio de empresa.

El planteamiento es distinto cuando el objeto del contrato es la cesión de uso del bien inmaterial, conservándose la titularidad o señorío de hecho sobre el mismo.

La licencia o concesión del derecho de explotación a un tercero del know how (o, también de propiedad industrial o intelectual) supone el arrendamiento para su goce o uso recibiendo un canon en contrapartida.

Así, puede convenirse que el canon es un rendimiento de capital mobiliario para el perceptor por el alquiler del bien inmaterial, posesorio o propietario.<sup>255</sup>

El canon es la contrapartida por el uso o la concesión de uso de Know-how: informaciones relativas a experiencias prácticas adquiridas en el campo industrial, comercial o científico, con prescindencia de su inscripción o no en registros públicos, como si no es susceptible de inscripción (MOCDE Com. P.2.8).

El arrendamiento de bien inmaterial –know-how- a cambio de un precio da libertad a los pactos para que formulen la contrapartida por el uso en el modo más conveniente, lo cual significa, en la práctica, una cantidad mínima determinada desde el inicio y un porcentaje de los frutos del bien cedido, vinculada a la producción por el beneficiario o a la facturación.

El canon-alquiler será gasto deducible del periodo impositivo para el que lo pague; salvo supuesto de operación vinculada.

No obstante, puede suceder que el uso del know-how no devengue un canon arrendaticio; sino que pueda representar, conforme al contrato celebrado, el precio de adquisición de un elemento del inmovilizado inmaterial.

Hay supuestos que mantienen el carácter de canon cuando dependen de la productividad, utilización o de la enajenación ulterior de esos bienes o derechos: la ganancia

255. DURÁN, M.L., en *Fiscalidad Internacional*, Madrid, 2001, p 372; RIPERT, G.,-ROBLOT, R.,-VOGEL, L.,cit, p 506; CHULIÁ, F.V., Introducción cit, “Los contratos de licencia son análogos al contrato de arrendamientos de cosa regulado en el Cc”.

que está subordinada a la productividad, uso, enajenación ulterior de los bienes o derechos no es una ganancia de capital, sino un canon: (U.S. Model Income Tax Convention, art. 12.2.b)).

Ello sugiere la existencia de otro canon que no es obligación recíproca por el uso o goce de un bien inmaterial; sino, una expresión de compra del mismo, -canon-adquisición-, si bien vinculado a la productividad o utilización.

## 5.5. EL USO DEL KNOW HOW. LA ADQUISICIÓN MEDIANTE CANON

El punto de partida se produce en el momento en que se obtiene una licencia exclusiva durante un lapso de tiempo prolongado o indefinido y con la facultad para el licenciatario de ceder su contrato sin el consentimiento del licenciante. El canon que resulta podría denotar el carácter de precio de adquisición de un activo inmaterial, que no de alquiler por su uso.

Esto provoca la transformación de la relación jurídica en otra distinta. Si, por ejemplo, se habla de una licencia perpetua o casi contrastaría con el requisito de temporalidad que adorna el arrendamiento, como igualmente, si el arrendatario decide, por si mismo, ceder su licencia, sin el consentimiento del licenciante.

Hay indicadores que configuran al arrendatario en forma de propietario o poseedor y beneficiario último de la explotación del bien inmaterial. Es una hipótesis de arrendamiento-venta en el cual el canon conforma un pago del precio de adquisición del intangible, siempre que de la realidad jurídica contractual derivan aspectos que permitan deducirlo.

El conocimiento del contrato de licencia es la única forma para entender el carácter que adopta el pago del canon.

Puede suceder que, de su contenido, resulte que el licenciatario ostenta todos los derechos de explotación o utilización del Know how, patente o marca, que corresponderían a su titular.

Por ejemplo, si esto sucede con una filial de la que es propietario en su totalidad, o se fija una duración indefinida a la licencia o, la renuncia a la explotación de su creación.

La conclusión es que mediante ese contrato de licencia se acaba dando origen a un activo intangible en manos del licenciatario.

“Si el licenciatario obtiene en esencia todos los derechos a cambio de su canon, su ventajoso contrato será un nuevo intangible existente: El punto relevante es que hay que ser sensi-

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

ble a la naturaleza económica de la transacción licenciada para plantear adecuadamente la cuestión del canon”.<sup>256</sup>

La jurisprudencia del Conseil d'État en Francia ha desarrollado una teoría sustantiva que concluye, en presencia de determinadas circunstancias, que hay licencias de uso de bienes inmateriales –know-how-, patentes, marcas-, cuyos cánones no pueden calificarse como gastos deducibles en el pagador, en disminución de su resultado contable, puesto que incorporan un valor al inmovilizado inmaterial de la empresa, aunque no devenga titular dominical del bien objeto del contrato.

El fundamento radica en que el licenciatario puede, desde el momento en que se celebra el contrato, ser el titular de derechos susceptibles de constituir una fuente regular de beneficios dotados de una duración indefinida o perennidad suficiente. Los elementos habituales aplicables son la exclusividad de la licencia, la duración, la cláusula de autorización de la cesión de la licencia o la concesión de una sublicencia (Cons. d'Etat 2-12-1946 req. 76668; Cons. d'Etat 5-11-1984 req. 43573; Cons. d'Etat 12-2-1988 req. 62547).

La calificación de la licencia como inmovilizado inmaterial descarta la consideración del canon como gasto deducible, ya que es precio de adquisición de un intangible, una vez reunidas las condiciones de exclusividad, perennidad suficiente, cesibilidad de la licencia de uso.<sup>257</sup>

Primero, el contrato debe facilitar al contratante efectos positivos sobre el resultado de explotación. Por ejemplo, la exclusividad en la licencia sobre un ámbito territorial extendido, del uso del know how, patente o marca (Cons. d'Etat 21-08-1996 req. 154488).

Segundo, la duración indefinida (perennidad suficiente). Un contrato de licencia exclusiva por diez años a cambio del pago de una suma fija y cánones anuales obliga a contabilizar la licencia entre los elementos del inmovilizado inmaterial.

Tercero, el contrato debe ser cedible: los elementos no pueden integrar el activo a menos que puedan ostentar un valor objetivo cuya fuente es la facultad de cesión a un tercero (la patrimonialidad del derecho).

En suma, la doctrina consolidada del Consejo de Estado elabora, partiendo del uso o goce del bien inmaterial, una construcción en virtud de la cual se produce una transformación en la naturaleza del contrato y, por tanto, en el canon, desde el instante en que el uso cedido genera derechos constitutivos de una fuente regular de beneficios, dotados de una perennidad suficiente y susceptibles de ser objeto de cesión. Así hay un

256. SMITH, G.V.-PARR, R.L., *Valuation...* cit, p 338.

257. PIERRE, J.L., *Op. cit.*, pp 55 y 203.

activo inmaterial, que no afecta la titularidad dominical del cedente, que rechaza al canon como gasto deducible, ya que lo que hay es un precio de compra articulado en base al contrato que origina el activo en cuestión.<sup>258</sup>

Esta calificación del contrato de licencia como activo inmaterial porta a su calificación como gasto amortizable. El problema, obviamente, es la vida útil de un elemento de duración indefinida. Esto supone aplicar, en su caso, el límite fiscal de la décima parte anual de su importe.<sup>259</sup>

## 6. INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

### 6.1. BIEN JURÍDICO DE EJERCICIO O DE RESULTADO

El proyecto de I+D ocupa un espacio genérico en la organización y uno específico.

En el primer aspecto está dentro del secreto (posesorio) de empresa. Al igual que el Know how, alimenta la capacidad competitiva de la organización, asumiendo la carencia de una tutela jurídica perfecta e íntegra de la información adquirida. Por diferentes razones, la patente puede ser un second-best en la estrategia de la empresa. Y, como se ha dicho, puede obedecer a un ahorro de los costes de tramitación, la velocidad de cambio tecnológico que precipita su obsolescencia antes de la adquisición del dominio propietario, o, simplemente, porque la empresa no desea revelar la dirección de su programa de investigación al público.<sup>260</sup>

En el segundo de los aspectos, específico, el proyecto I+D es distinto al know-how. La principal diferencia consiste en que su utilidad jurídica típica tiende a su transformación en patente o modelo de utilidad. Al mismo tiempo, el número de patentes y las referen-

258. OUDENOT, P., *Fiscalité*, cit, p 230.

259. DE HOSSON, F.C., *Las empresas multinacionales y el desarrollo, propiedad y licencia de marcas y nombres comerciales*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, Abril-Junio 2000, p 293; donde se afirma que un licenciatario que adquiere una licencia exclusiva por un periodo indefinido de tiempo obteniendo como contraprestación un canon consistente en una cantidad fija anual, está muy cerca de ser considerado el propietario o beneficiario fiscal de la marca comercial.

260. SMITH, G.V.-PARR, R.L., cit, p 28.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

cias incluidas en las posteriores aplicaciones indican la productividad del I+D y el valor de la empresa en el mercado: “el I+D, una forma importante de inversión intangible, es un destacado aportante a la productividad, crecimiento y valor de mercado de capital. La magnitud de esta contribución –el retorno en la inversión de I+D– varía entre las industrias y en el tiempo, pero, de lejos, es considerablemente más alto que el coste de capital de las empresas; de aquí la creación de valor, capacidad del I+D”.<sup>261</sup>

En suma, el programa de I+D, siendo un secreto de empresa tiene la vocación de pasaje al dominio monopólico, excluyente de la propiedad industrial.

Pero esto complica el examen porque, de entrada, el programa de I+D es un bien inmaterial peculiar, idóneo en si mismo, para el tráfico jurídico patrimonial, haya o no producido un descubrimiento patentable.

Esta situación jurídica se altera en el momento en que, de las conclusiones del programa de I+D, derivan los resultados tendentes a la patentabilidad: novedad, invención, aplicación industrial.

Por lo tanto, hay una situación jurídica de ejercicio y otra de resultado, diferenciadas por la aleatoriedad e incertidumbre en la obtención de la patentabilidad como utilidad típica.

El programa I+D –bien jurídico de ejercicio– tiende a la adquisición de un resultado –bien jurídico de resultado– a través de mecanismos jurídicos similares a los que establecen la articulación entre la expectativa de derecho y la adquisición del derecho subjetivo.

El programa de I+D inicia la realización del hecho adquisitivo, pero no es seguro que ésta haya de perfeccionarse hasta el final.

No obstante, el ejercicio tiene su propia función como resultado. El programa I+D ostenta su propia especificidad en el momento de su ejercicio y aunque tendencialmente está dirigida al resultado esperado, no depende de conseguirlo para su propia justificación.

El descubrimiento o la idea puede frustrarse, orientarse en una dirección distinta de la planificada, lograr objetivos impensados, o, simplemente, demostrarse un error desde su inicio.

El I+D, aunque sea una investigación fracasada, no pierde tal carácter, puesto que en la formalización de la experiencia y el desarrollo de la expectativa, con relación a ciertas situaciones o con referencia a determinados actos, hay un interés actual tutelado que, como secreto posesorio industrial, está dentro de la esfera jurídica del sujeto que la implementa.

261. LEV, B., cit, p 61.

La novedad es el motivo. El bien jurídico de I+D no depende directa e indirectamente de la patentabilidad de su ejecución, no guardando una señalada relación de medio a fin, precisamente, porque es de la esencia del mismo, la aleatoriedad y la incertidumbre, en la búsqueda del nuevo producto, proceso, sustancia.

El éxito técnico del I+D es llevarlo a cabo, consiga la finalidad patentable o no. “Del mismo modo que los descubrimientos no patentables pueden mantenerse en secreto, precisamente para proseguir la línea de investigación que conduzca a una invención patentable con ventaja sobre los competidores”.<sup>262</sup>

El valor intrínseco del programa de I+D que es la novedad como secreto posesorio de la organización, no obsta para definir que ese ejercicio, que puede ocasionar un fracaso técnico, pretende como utilidad típica, la obtención del resultado esperado a su comienzo: el éxito técnico conclusivo consistente en el descubrimiento patentable (el derecho de propiedad).

De modo que el programa de I+D es identificable tanto en su realización cuanto por la consecución del resultado.

La novedad del I+D entendido como bien jurídico de ejercicio, no puede confundirse con la novedad exigida en el derecho de patentes. Es nueva la invención que no está comprendida en el estado de la técnica. Y por ello se entiende todo lo que sea accesible al público, de aquí y del mundo, al tiempo de solicitar la patente.

La invención previamente divulgada carece de novedad.<sup>263</sup>

La novedad en el I+D es conocimiento bajo secreto posesorio y la competencia no debe saberlo. Por lo tanto, es una novedad de la organización para aumentar su ventaja competitiva y que puede irradiarse en múltiples direcciones; producto, proceso, aplicación nueva de procesos conocidos, combinación nueva de procesos conocidos. El problema es el contraste entre la novedad secreta y la patentable.

Puede afirmarse que la novedad del I+D –secreta- puede demostrarse en los términos que en el derecho francés se conoce como la equivalencia técnica de los medios materiales. La novedad (sin invención) existe toda vez que no preexistía previamente en su conjunto o sea, que no es equivalente a lo anterior.

La novedad resultará de la mera comparación material con los antecedentes, no iguales.<sup>264</sup>

Esta novedad (secreta) desaparece como tal en cuanto el I+D reúna, como bien jurídico de resultado, las condiciones legales de patentabilidad, en cuyo caso los extremos

262. BERCOVITZ, A., cit, p 351.

263. CHULIÁ, F.V., *Introducción* cit, p 59: “una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica, constituido por toda información accesible al público en la fecha de la solicitud tanto en España como en el extranjero –novedad universal-“.

264. SCHMIDT, J.-SZALEWSKI-PIERRE, J.L., *Droit de la propriété industrielle*, París, 2001, p 46.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

de la novedad no divulgada, la invención y la aplicación industrial se convierten en los elementos puntuales del denominado éxito técnico del I+D.

El éxito técnico, la patentabilidad del resultado, desarma la incertidumbre y el riesgo, facilitando la creación de propiedad industrial, como mejor alternativa.

Pero, asimismo, la patentabilidad no es lo mismo que la patente, sino la posibilidad de adquirirla.

El fracaso técnico, a su vez, despoja al programa de I+D o IT de patentabilidad, pero, sin invalidar el ejercicio previo y anterior sobre la novedad técnica, que supone, por su mera realización, un bien jurídico posesorio –know how- que, en positivo o negativo, indica un valor competitivo de la organización.

El conocimiento o las nuevas ideas, internas o adquiridas a terceros, puede transitar por la situación de ejercicio, protegida por el secreto posesorio, mientras que la situación (óptima) del éxito técnico orienta el resultado a la adquisición o la posibilidad de adquirir la propiedad industrial.

El contraste entre la novedad técnica que se pretende y el éxito técnico logrado no debe oscurecer la existencia de una doble categoría de bienes inmateriales, uno de ejercicio y otro de resultado. Ambos son activos intangibles de la organización, con la pretensión de ingresos futuros. Los costes aplicados a I+D, se consiga o no la patentabilidad, no son recuperables ni tienen uso alternativo y se anticipan antes de comenzar el programa (sunk costs).

El incremento de Know-how, consecuencia de la novedad técnica, o de la patentabilidad, como efecto del éxito técnico, son beneficios de intangibles.

La interpretación no puede ser administrativa: la novedad o el éxito técnico debe decretarse a través de los ojos de un técnico hipotético capacitado en el estado de la técnica (“omniscient artisan” Colston). De modo que el reconocimiento del activo de I+D de ejercicio o de resultado sea el efecto de respectivas menciones de viabilidad o factibilidad durante su desarrollo.

Siempre que estos proyectos superen las pruebas de viabilidad o factibilidad técnica, sean o no patentables, merecerán que los gastos incurridos se recojan como activos.<sup>265</sup>

No obstante, el abandono del proyecto, si su realización lo aconseja, implicaría que los resultados negativos se carguen al ejercicio en curso por el total de los gastos capitalizados (acumulados) hasta ese momento.<sup>266</sup>

265. LEV, B., Op. cit, p 124:” Seguramente la incertidumbre acerca de beneficios futuros de una droga clínicamente probada no es mayor que la que está asociada al beneficio esperado de una propiedad comercial en área de nuevo desarrollo...”.

266. VALLVERDÚ CALAFELL, J.-CASTILLO NAVARRO, F.J., Op. cit, p 345.

Por lo tanto, el programa de I+D siempre que produzca un Know how sustancial constatable o patentes o condiciones de patentabilidad sometidas a pruebas de viabilidad permitirían su reconocimiento como activos intangibles susceptibles de beneficios fiscales.

Lo que no parece admisible, desde un punto de vista de congruencia de ordenamiento jurídico, es prescindir de la norma contable, de la norma mercantil y de la opinión técnica del “hipotético técnico”, para resolver las delicadas cuestiones jurídicas planteadas por el I+D e IT en la organización.

Hay una línea que de la novedad lleva al know how y a su ponderación como activo intangible, con la limitación del secreto posesorio a preservar y otra que del éxito técnico conduce a la patente o a las condiciones de patentabilidad.

Estas vías no pueden calificarse sin los exámenes y análisis de viabilidad y factibilidad que sugiere el estado de la técnica aplicado por técnicos.

Si ello procede y son positivos redundarán en beneficio fiscal, porque precisamente ofrecen novedad o éxito en el I+D e IT.

No parece ésta la línea de la norma tributaria que establece sus propias y equívocas categorías, al arbitrio de la discrecionalidad pura de la potestad administrativa.

## 6.2. INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

### Investigación

El concepto de Investigación en la LIS (art. 33) es idéntico al de la disciplina contable.

La indagación original y planificada que persigue el descubrimiento de nuevos conocimientos y superior comprensión en los terrenos científico y técnico.

Es el descubrimiento, a secas, nuevas ideas y conocimiento, que compendia el estado de mayor riesgo de la actividad emprendida, por la distancia que hay con la traducción técnica y comercial del descubrimiento y, además, por la volatilidad de la inversión asociada con la investigación.<sup>267</sup>

### Desarrollo

La noción fiscal de desarrollo es más compleja que la contable.

No se trata de aplicar concretamente los resultados de la investigación hasta su desarrollo comercial; sino un conjunto de conductas que se despliegan en distintos alcances.

267. LEV, B., Op. cit, p 39.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

En primer lugar, la aplicación de los logros de la investigación.

En segundo lugar, la aplicación de los resultados de cualquier otro tipo de conocimiento científico –que no sea consecuencia de la investigación–.

En tercer lugar, en ambos casos finalizados a la fabricación de nuevos materiales o productos; diseño de nuevos procesos o sistemas de producción; mejora sustancial de materiales, productos, procesos, producto por proceso, nueva utilización de sustancias existentes.

Se considera expresamente I+D

- La materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño.
- Creación de un primer prototipo no comercializable.
- Proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, que no sean utilizables para aplicaciones industriales o explotación comercial.
- Diseño y elaboración del muestrario para el lanzamiento de nuevos productos.
- Concepción de software avanzado siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos; sin incluir las actividades rutinarias o habituales relacionadas con el software.

### **Innovación tecnológica**

La norma tributaria no tiene equivalente contable de innovación tecnológica. Su definición consiste en la actividad cuyo resultado sea un avance tecnológico, en nuevos productos, procesos o mejoras sustanciales de los que ya existen. Se consideran nuevos aquellos productos o procesos cuyas características o aplicaciones técnicas difieran sustancialmente de las preexistentes.

- Materialización de las novedades en un plazo, esquema, o diseño.
- Creación de un primer prototipo no comercializable.
- Proyectos de demostración inicial o proyectos piloto que no tengan aplicación industrial o comercial.
- Diagnóstico tecnológico realizadas con Universidades, Organismos públicos de investigación o centros de innovación y tecnología, con independencia de los resultados.

### 6.2.1. Estructura de la deducción fiscal

Los gastos de I+D son los que realiza el sujeto pasivo incluidas las amortizaciones de los bienes afectos, a las citadas actividades en cuanto están directamente relacionados con las mismas y se apliquen efectivamente a su realización, individualizados por proyectos.

La base de la deducción es el importe de los gastos de I+D y las inversiones del inmovilizado material e inmaterial, excluidos los inmuebles y terrenos.

Las inversiones se realizan cuando los elementos patrimoniales sean puestos en condiciones de funcionamiento.

La deducción del porcentaje de la cuota íntegra es del 30% de los gastos efectuados en el periodo. Si estos resultaran mayores que la media de los efectuados en los dos años anteriores, se aplica el 30% hasta dicha media y el 50% sobre el exceso.

Hay una deducción adicional del 10% respecto a los gastos de personal en investigadores calificados adscritos en exclusiva y los contratos con Universidades, Organismos, Publicación de investigación o Centros de Innovación y Tecnología reconocidos. Igualmente respecto de la inversiones en inmovilizado material e inmaterial afectos exclusivamente a I+D.

Para determinar la base de la deducción se consideran los gastos efectuados en el periodo, con independencia de la activación contable o no de los mismos (DGT 5-04-2000, v. Res. ICAC 21-01-1992).

La base de la deducción se minorará en el 65% de las subvenciones recibidas para el fomento de I+D e imputables como ingreso del periodo.

La realización de la actividad de I+D por encargo tiene consideración de gasto deducible, individualmente o en colaboración con otros, siempre que se efectúen en España.

Si hay I+D que se ejecuta principalmente en España y una parte corresponde a su materialización en el exterior podrá ser también deducible siempre que esto no suponga más del 25% del importe total invertido.

La base de la deducción de IT toma en cuenta el importe de los gastos del periodo relativos a:

- Proyectos cuya realización se encargue a Universidades, Organismos públicos de investigación o Centros de Innovación y Tecnología reconocidos. El porcentaje de deducción es del 15%.
- Diseño industrial e ingeniería de procesos de producción.
- Adquisición de tecnología en forma de patentes, licencias, Know-how (es, probablemente, la única referencia normativa explícita a la adquisición de saber-hacer) y diseños; siempre que no exista un conjunto vinculado.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

- La base no puede superar los 500.000 euros. El porcentaje es del 10%.
- Obtención del certificado de cumplimiento de las normas de calidad ISO 9000, GMP, similares, sin incluir los gastos de implantación. El porcentaje es del 10%.

Los gastos tienen que estar realizados por el sujeto pasivo, directamente relacionados y efectivamente aplicados a su realización de IT.

Valen en IT las mismas normas relativas a las actividades subvencionadas, realizadas por encargo y las que se efectúen en el exterior, presentadas en I+D.

El coeficiente límite con carácter general es del 35% para el conjunto de las modalidades de la deducción. No obstante, puede llegarse al 45% si conjuntamente se dan las siguientes condiciones:

- Gastos efectuados en el periodo por I+D e IT o para el fomento de tecnologías de la información y de la comunicación.
- Cuando el importe de la deducción de tales gastos supere el 10% de la cuota íntegra menos las deducciones para evitar la doble imposición y las bonificaciones.

### 6.3. I+D. BIEN JURÍDICO DE EJERCICIO

No es equivocado sostener que la noción fiscal de I+D puede construirse como bien jurídico de ejercicio, que no de resultado. El legislador no identifica I+D con la patentabilidad del resultado, sino, con la novedad respecto a lo que existía.

El objeto de la novedad puede referirse a la fabricación de nuevos productos o materiales; descubrimiento de medios nuevos para lograr resultados conocidos; nueva aplicación de un procedimiento conocido; combinación nueva de procedimientos conocidos.

El interrogante puede suscitarse, literalmente, en la expresión “mejora tecnológica sustancial de productos, procesos o sistemas preexistentes”, ya que solapa novedad y originalidad inventiva, que son condiciones de patentabilidad. En verdad, el contexto de I+D no puede deducirse la exigencia de las dichas condiciones y, en consecuencia, la novedad objetiva de la anterioridad es el correcto significado de mejora sustancial: nuevas utilidades de materiales conocidos, nuevas ventajas de procedimientos o sistemas vigentes.

No obstante, hay alguna doctrina administrativa que define la actividad de I+D...” cuando el producto obtenido derive de una actividad inventiva en el sentido de que el mismo aparezca por primera vez en el estado de la técnica y no proceda de simples mejoras técnicas o adaptaciones de otros productos ya existentes para ampliar el ámbito de sus aplicaciones, excepto que dichas mejoras sean tecnológicamente sustanciales” (SG Impuestos sobre las Personas Jurídicas 13-06-2001).

No es éste el criterio del derecho de patentes: actividad inventiva significa que no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia (LP art. 8.1). La respuesta administrativa confunde actividad inventiva con novedad patentable, que no debe estar comprendida en el estado de la técnica (LP art. 6.1).

La novedad (secreta) expone su comparación con la situación anterior, pero, con total prescindencia del estado de la técnica. La mera novedad no es condición suficiente de patentabilidad, sin actividad inventiva y aplicación industrial. El I+D no se refiere expresamente a esas condiciones para vehiculizar el beneficio fiscal. La norma se está refiriendo a todo tipo de novedad industrial amparada por el secreto posesorio, no patentable al momento de su exposición.

Así como el I+D tiene por fuente la investigación o cualquier conocimiento científico; la innovación tecnológica es consecuencia de la pura actividad de la organización como portadora de novedad. En rigor, la innovación tecnológica es el progreso del Know-how, el perfeccionamiento del quehacer propio, partiendo de la experiencia.

Por lo tanto, no cabe distinguir esencialmente I+D e IT porque ambas comparten las mismas definiciones en torno a su categoría jurídica, como bienes jurídicos de ejercicio apoyados en la novedad científica, técnica o meramente de experiencia, con respecto al estado antecedente.

La doctrina administrativa explica que la actividad de IT requiere la existencia de una novedad subjetiva y no objetiva, esto es, que el nuevo producto o proceso lo sea desde el punto de vista del sujeto pasivo aún cuando los mismos existan en el mercado, pues en caso contrario, de tratarse de una nueva creación objetiva, dicha actividad podría considerarse como actividad de I+D (SG I.P.J. 26-03-2001).

No hay apoyatura normativa que consienta la distinción entre novedad subjetiva y objetiva para distinguir entre ambos supuestos. En verdad, el legislador, tanto con respecto a I+D cuanto IT siempre las relaciona con los productos, procesos, materiales preexistentes/existentes con anterioridad. O sea, hay novedad respecto a lo anterior, cuya fuente es el conocimiento o la experiencia.

El legislador hubiera podido ligar el I+D a la patentabilidad (bien jurídico de resultado) en los términos estrictos del derecho que la gobierna; pero, ha optado por una perspectiva menos rigurosa, comprendiendo, como es obvio, la patentabilidad, aunque, también, cualquiera de las otras manifestaciones de la novedad técnica, científica o experimentada que no sea funcional o estructuralmente lo mismo que lo anterior. El beneficio fiscal abarca un ámbito superior de aplicación que del otro modo.

En contrapartida, hay una clara disminución de seguridad jurídica y certeza del derecho.

La Administración no está predispuesta por la ley para evaluar la novedad, con carácter previo a la autorización o denegación del beneficio fiscal.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

La novedad es juicio técnico que tiene otros marcos y sedes de actuación, que no la tributaria.

Si se hubiera optado por la patentabilidad; habría ganado la objetividad del juicio, actualmente, subjetivo y opinable, en las manos inexpertas de la Administración tributaria.

La discrecionalidad unilateral absoluta preside las consultas vinculantes con grave deterioro de la seguridad jurídica y de la certidumbre del derecho de los contribuyentes.

Una cosa es apreciar si la novedad, técnicamente confirmable por los que saben tiene aptitud para el beneficio fiscal y otra muy distinta es emitir la valoración “técnica” sobre la novedad como condición del mismo. Esto se cambia a partir de 2003.

Las fronteras del I+D y la IT son imprecisas porque desdibujan el derecho aplicable, dejando al libre albedrío de la discrecionalidad unilateral pura, que no técnica, la calificación de la novedad y la portada de la deducción fiscal (véase nota 268).

### 6.4. I+D. LAS CONDICIONES DE PATENTABILIDAD

El fundamento de I+D e IT, sea su fuente el conocimiento y la investigación o el resultado de la experiencia del propio sujeto; no puede abstraerse de la probabilidad jurídica de que suponga un progreso en el conocimiento humano debidamente constatado y en curso de realización. El final de los proyectos de I+D e IT no puede ser otro que la búsqueda de la apropiación privada de los beneficios del desarrollo tecnológico, sea mediante patentes de invención o certificados de protección de modelos de utilidad.

Esa búsqueda atiene en consecuencia a los trazos de derecho de patentes o modelos de utilidad. El bien jurídico se perfecciona en cuanto reúna las condiciones jurídicas materiales que señalan la novedad, invención y aplicación industrial o que la invención exhibe una ventaja que no es muy evidente para un experto conforme al estado de la técnica (baby-patentes; inventos menores) (Propuesta de modificación del Parlamento Europeo aproximando los ordenamientos legales para las protecciones de inventos mediante modelos de utilidad –2000 OJ C248/56 COM (99)). En la LP (art. 143) el modelo de utilidad excluye las nuevas sustancias, variedades vegetales o invenciones de procedimiento.

La orientación hacia la patentabilidad en sentido amplio no excluye el fracaso técnico de su consecución. Pero, entonces, en si mismo, el bien jurídico construido en torno a su propio objetivo se justifica en la posesión de una información, positiva o negativa, que es una consecuencia directa de su materialización: el I+D y la IT que no logran las condiciones de patentabilidad no dan lugar al property right, sino

a la posesión del objeto en manos de su titular. En un Know-how resonante, amplificado.

La norma tributaria no vincula el I+D y IT a las condiciones de patentabilidad, siguiendo las apreciaciones de la OCDE (Frascati, junio 1963); renunciando, apriorísticamente, al derecho de patentes y a la protección panal (art. 273 CP). De ese modo, conforma el bien jurídico inmaterial de I+D e IT en bien jurídico de ejercicio, eventualmente finalizado a la patentabilidad.

Todo proyecto de Investigación y Desarrollo, en el marco fiscal, explora la posesión del progreso técnico, que no la apropiación de sus resultados en términos propietarios.

El beneficio fiscal, entonces, sufre en la objetividad y seguridad jurídica, por falta de referencias al derecho sustantivo que lo debiera soportar —la constatación experta del progreso técnico—; lo cual deriva en un ámbito de pura discrecionalidad unilateral e imperativa.

Al mismo tiempo, amplía el contenido de la información bajo secreto posesorio, con riesgo de pérdida de su confidencialidad no particularmente tutelada. De la lectura de las propias consultas vinculantes puede el mercado extraer preciosas orientaciones útiles al comportamiento que no hubiera conocido si no fuera por la publicación.

Y todo ello ocurre sin que ningún organismo competente especializado en I+D o IT ofrezca su parecer, preceptivo o consultivo, antes de la concesión o rechazo del beneficio fiscal. El artículo 45B-1 del Livre des procédures fiscales en Francia faculta a los agentes del Ministerio de Investigación e Industria para que puedan verificar la afectación debida de los gastos de I+D, siendo los resultados de su control comunicados a la Administración Tributaria.

El contribuyente adquiere entonces un cabal informe técnico de su actividad que le garantiza la defensa y, en su caso, los fundamentos de una confrontación con la opinión de la Administración tributaria.<sup>268</sup>

---

268. La reciente Ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa modifica en su Disposición Adicional primera el Impuesto sobre Sociedades en el sentido pretendido en el texto. A partir del 1 de enero de 2003 el informe motivado del Ministerio de Ciencia y Tecnología para calificar la I+D y la innovación tiene carácter vinculante para la Administración tributaria. Igual valor vinculante tendrá el informe respecto a las consultas y en los acuerdos previos de valoración de gastos e inversiones. Modificación del art. 33.4 de la LIS en el sentido aquí propiciado.

## 7. EL SECRETO PROPIETARIO

### 7.1. LOS SIGNOS DISTINTIVOS. LA MARCA

La función de la marca es la identificación de los bienes y servicios a los que está asociada. No es un mero signo distintivo, sino que sirve a la creación y consolidación del fondo de comercio. Si antes se enfatizaba que el fondo de comercio es el atributo de la organización; ahora bien puede afirmarse que la marca es el atributo principal del fondo de comercio “función condensadora o catalizadora de goodwill empresarial de la persona que la utiliza para distinguir sus productos con ellas...”.<sup>269</sup>

La marca equivale a reputación o crédito en el mercado, garantizando calidad y facilitando la elección por parte del consumidor.

“Al indicar su origen, la marca diferencia el producto de otro y, así, guía al consumidor en el ejercicio de su opción”.<sup>270</sup>

Adicionalmente, la marca en si misma puede convertirse, merced a la promoción y publicidad, en un bien en si misma, que sirve de vehículo a productos o servicios en los que aparece, fuera del negocio primitivo de su titular (character merchandising). El logo es la marca más publicidad como medio o modo de diseño comercializable, antes que identificación del producto.<sup>271</sup>

El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico (LM art. 34) y, al mismo tiempo, la facultad de exclusión de terceros que pretendan hacerlo sin su consentimiento.

El registro de una marca se otorga por diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y puede renovarse por periodos sucesivos de diez años. Esto lleva a la doctrina a definir el derecho de marca como un derecho perpetuo (Schmidt-Szalewski) o con vocación a la perpetuidad. No obstante, podría ser necesario, desde la perspectiva tributaria, indicar que lo relevante no está en la vocación temporal indefinida, sino, en la carga de uso efectiva y seria del signo para los productos y servicios cubiertos por el registro durante un periodo ininterrumpido de cinco años: la falta de uso efectivo y real

269. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Lecciones*, cit, p 135.

270. HOLYOAK-TORREMANS, cit, p 369.

271. COLSTON, C., *Principles*, cit, p 344...”la marca como vehículo de promoción o publicidad o aún como bien, puede señalarse...”.

puede conducir a la caducidad declarada por los Tribunales si el titular no demuestra que ha sido usada o que existen causas justificativas de la falta de uso. El titular es el que debe probar ante terceros la utilización real y efectiva de la marca registrada.

La obligación de uso es correlativa al derecho exclusivo de marca: “el monopolio de uso del signo distintivo que el Estado atribuye por el registro, debe ser correspondido por el concesionario con el empleo industrial o comercial del signo distintivo en cuestión”.<sup>272</sup>

El principio de uso obligatorio de la marca tiene un carácter determinante para fijar su tratamiento fiscal. La lealtad y fidelidad del cliente se atrae y consigue mediante el fondo de comercio representado por la marca; o, lo que es lo mismo, la marca como depositaria del fondo de comercio: “El fondo de comercio es la percepción positiva del consumidor que resulta en la repetición de compras”.<sup>273</sup>, la marca como alimento del fondo de comercio.

Las marcas adquiridas a entidades no vinculadas pueden amortizarse con el límite anual máximo de la décima parte de su importe. No obstante, aunque no se cumplan tales requisitos, la amortización libre procede, siempre que se pruebe la depreciación irreversible de la marca (LIS art. 11.5 a)).

La depreciación de la marca reposa sobre el principio del uso obligatorio, por su aplicación al proceso productivo. De modo que, la amortización exige que el titular de la marca cumpla, desde su inicio, con la carga de usarla en forma efectiva y real. Y, ello con prescindencia de la declaración judicial. En efecto, el no uso de la marca bloquea, por definición, la propia dinámica que la amortización encierra la idea de uso/desuso por la aplicación del activo al proceso productivo.

La vida legal de la marca –diez años- no es condición suficiente para legitimar la amortización como gasto deducible, si su titular incurre en la falta de uso por el periodo de cinco años contados desde la concesión o suspensión del uso durante un plazo ininterrumpido de cinco años.

Al contrario, la inversión de la carga de la prueba permite al titular de la marca programar la amortización de la marca durante el quinquenio utilizado, pese al límite legal máximo anual de la décima parte, si se prueba, a la par, el cumplimiento de la obligación de uso y la depreciación irreversible de su vida (legal) efectiva y real. (La amortización de la marca y la clientela en cinco años constaba en el proyecto de directiva comunitaria de marzo de 1988 de reglas de determinación de los beneficios imponibles, que no tuvo posterior desarrollo).

272. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., cit, p 140.

273. SMITH, G.,-PARR, R., cit, p 440.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

La duración del derecho de marca tiene validez ilimitada, pero, su vigencia depende de la obligación de uso dentro de los cinco años de su concesión. La dotación amortizable no puede sino estar vinculada al empleo productivo del bien inmaterial, por lo que, pese a su validez indefinida, si no hay utilización, mal puede predicarse la deducción amortizable. La marca inútil no añade valor.

La marca es un elemento económico y comercial del fondo de comercio, aunque jurídicamente disociada de su conjunto. A diferencia, por ejemplo, del emplazamiento, no es un signo interno del fondo de comercio, sino externo y con su propia singularidad.

La depreciación del fondo de comercio no supone la simultánea de la marca, que puede conservar o inclusive aumentar su valor. Los factores que operan en el envilecimiento del fondo de comercio, no siempre ni necesariamente arrastran el valor (de mercado) de la marca. Puede suceder que a la desvalorización del fondo de comercio no acompañe una igual de la marca utilizada.

En sentido contrario, el valor (de mercado) de la marca puede ser el sostenimiento dominante de un fondo de comercio empobrecido.

Esto significa que la marca está asociada al fondo de comercio, pero, es disociable, en su evolución, de su trayectoria. Los productos o servicios marcados, por historia, moda, costumbre, pueden sobrevivir al descrédito de la organización; pero, el fondo de comercio no podría superar la pérdida de reputación de la marca en el mercado. (La jurisprudencia francesa, en sentido opuesto, pone la condición de la depreciación del fondo en su conjunto, para admitir la de algunos de sus elementos, como la marca. No pierde valor el signo, si no ocurre el del fondo de comercio. Conseil d'Etat 1-10-1999 nº 177809).

La violación del derecho de marca concede a su titular la vía civil para que cesen los actos que violan su derecho y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

La indemnización está conectada con la obligación de uso de la marca.

El titular de la marca registrada con una antigüedad de cinco años debe probar, a solicitud del demandado, el uso efectivo y real de la misma o las causas justificativas de la falta de uso (LM art. 41).

“A estos efectos la marca se considerará registrada solamente para los productos o servicios para los que haya sido realmente utilizada”.

La indemnización comprende no solo las pérdidas sufridas, sino las ganancias dejadas de obtener fijadas éstas por los beneficios que se hubieran obtenido si no hubiera existido la violación, los beneficios obtenidos por el infractor, el precio que hubiera debido pagar el infractor por la concesión de una licencia.

La cuantía de la indemnización responde al valor intangible de la notoriedad, renombre y prestigio de la marca en el mercado y el número y clase de licencias concedidas, o, como mínimo al 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor, sin prueba.

La indemnización de la marca tiene la naturaleza de contraprestación por la cesión o licencia de la marca, y la pérdida tiene la misma naturaleza que cualquiera otra de la explotación.

### 7.1.1. La Marca como marketing intangible

La marca forma parte del brand, pero no lo agota. El brand comprende algo más que el producto o servicio protegido, tal como una fórmula, un envase, una estrategia de mercado, un programa de publicidad o de promoción. La suma de estas actividades se incorpora, a la marca, pero, va más allá de la misma. Y, sobre todo, que no tiene la misma latitud y longitud de vida. La marca tiene una inclinación a la estabilidad, así como el brand se caracteriza por su constante adaptación a las vicisitudes del mercado.

La OCDE define como marketing intangibles las marcas, los nombres comerciales, la explotación comercial del producto o servicio, las listas de clientes, los canales de distribución, los nombres únicos, símbolos o dibujos, que tienen un importante valor promocional para el producto en cuestión.<sup>274</sup>

El valor de los marketing intangibles depende no solo del crédito de la marca, la distribución o disponibilidad, sino, también de “la extensión y éxito del gasto promocional de apoyo a los productos y servicios... y el valor del mercado al cual los marketing intangibles facilitan la entrada” (OCDE).

El brand es el resultado de la actividad de marketing, publicidad, promoción de la marca.

La marca, en su propia identificación, recoge un derecho propietario, un monopolio legal tendente a preservar su grado de diferencia de los productos o servicios que señala. Pero, el marketing de la marca, publicidad, propaganda, promoción, merchandising, sostiene un tipo de bien inmaterial complementario y separable de la propia marca, cuyo valor económico, a un cierto punto, se puede individualizar y medir.

La vida del brand no es similar a la de la vida (legal) de la marca, aunque su proyección sea plurianual. La transformación del mercado opera inmediatamente sobre

274. OCDE *Transfer pricing Guidelines* cit, Cap. 6 (b) (i) (6.4).

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

el brand, que es menos estable y subordinado a la moda o los gustos, que la marca.<sup>275</sup>

Los gastos que rodean el brand son clasificables como gastos amortizables, cuya proyección económica es normalmente superior al año y capacitan para la generación de rentas futuras. Entre ellos, el gasto de primer establecimiento (el fondo de comercio inicial), dentro del cual aparecen los gastos de publicidad de lanzamiento.

La publicidad de lanzamiento es un gasto amortizable en un plazo no superior a los cinco años. Pero, eso no supone que esos gastos siempre lo sean. Hay gasto en publicidad, propaganda, promoción, cuyos efectos se agotan en el periodo en que se realizan, por lo que no pueden ser sino gastos ordinarios o corrientes.

El gasto de publicidad de mantenimiento o conservación de la marca que está pegado al año se imputa al ejercicio en que se verifique.

El problema se presenta cuando hay inversiones publicitarias, distintas a los gastos de primer establecimiento, dirigidas a crear, renovar, lanzar un brand, de duración plurianual, y que, como afirma Moreno Cerezo, “incluso pueden ser recuperados o enajenados por actos inter vivos”. O sea, pasible de tráfico jurídico, como si fuera un bien inmaterial divisible y mensurable en su propia dimensión.

Estos gastos amortizables no están regulados por la LIS. Y el interrogante consiste en si pueden capitalizarse como si fueran bienes inmateriales autónomos. Algunas de estas “marketing intangibles” pueden producir efectos durante el ejercicio y otros prolongarse más allá del mismo.

Y, entre otros motivos, es de particular importancia su definición con vistas, por ejemplo, a la comparación en materia de conjunto vinculado y precios de transferencia.

La inversión publicitaria que no sea mero soporte de marca o producto, sino de lanzamiento o renovación puede capitalizarse, en el bien entendido que sea congruente la relación entre su coste y la utilidad diferida que se espera, y en analogía a los gastos de primer establecimiento durante un lapso de tiempo que no exceda los cinco años, (LSA 194.1).

Sin perjuicio de ello, como al resto del inmovilizado inmaterial le sería de aplicación el criterio de la amortización libre cuando el valor del brand sufra depreciación esporádica.

Hay que reconocer que los gastos o inversión publicitaria están incluidos en “marketing intangibles”, pero no agotan su categoría, puesto que habrían de considerarse, además, aspectos estrictamente comerciales (fuera de ventas) y el coste de adquisición y conservación de clientes. No es solo la difusión del producto, partiendo de la marca o del nombre comercial, sino el ámbito de capital relacional que está en juego (los modos indirectos para la captura y mantenimiento de la clientela).

275. AAKER, D.A., *Managing brand equity: Capitalizing on the value of a brand name*, Nueva York, 1991.

## 7.2. EL NOMBRE COMERCIAL

El nombre comercial es todo signo que sirve para identificar una empresa en el tráfico mercantil y que la distingue de las demás que desarrollan actividades similares o idénticas (LM art. 87).

El registro del nombre comercial confiere a su titular el derecho exclusivo para su utilización en el tráfico económico.

El nombre comercial, en la nueva legislación de marcas, reconoce su carácter de bien inmaterial en sentido estricto, desde el momento en que, a diferencia de la anterior, permite su autónoma transmisión respecto a la totalidad de la empresa.<sup>276</sup>

Es un bien inmaterial, entonces, que integra el fondo de comercio y está contenido en su identificación.

El régimen jurídico de la marca es, en general, de aplicación al nombre comercial. En particular, así cabe considerar la vigencia y condiciones establecidas a la utilización del derecho exclusivo otorgado y la obligación o carga de uso que conlleva.

En estos términos, la duda consiste en concebir la amortización relativa en referencia al fondo de comercio, el cual integra por definición contable o, partiendo de la nueva realidad del derecho de marcas, emplear esta categoría para su configuración.

Desde el momento en que el nombre comercial registrado se halla asimilado a la marca, parece razonable concluir que, también lo será su vicisitud en orden a su tiempo jurídico de existencia, carga de uso, plazos amortizables. En suma, el nombre comercial observa la disciplina de la marca, en todo lo que no es incompatible con su naturaleza. Su amortización responderá a los criterios antes expuestos (LM 17/2001 de 7 de diciembre).

## 7.3. LOS COLECTORES DE CLIENTELA

Los signos distintivos –el nombre comercial y la marca, el brand- son irreductibles instrumentos de la organización en forma de empresa. Estos llamados colectores de clientela no tienen otro escenario que la señalización de productos y servicios en el mercado: el tráfico económico. No obstante, son independientes de la propia organización, puesto que, pueden transmitirse, darse en garantía o ser objeto de derechos reales, opciones de compra, embargos y otras medidas que resulten del procedimiento de eje-

276. GONZÁLEZ-BUENO, C., *En Patentes, marcas, software*, Murcia, 2001, p 194: "...la regulación del nombre comercial aproximando este signo distintivo a las marcas, instaura el principio de su libre cesión...".

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

cución (LM art. 46.2). Son bienes inmateriales susceptibles de tráfico (patrimonial) autónomo: la transmisión de la empresa puede implicar la de sus marcas y nombre comercial o no.

El aprovechamiento económico ordinario y regular de los signos distintivos es su utilización como identificación de productos o servicios en el tráfico económico por la empresa.

La marca, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, denominaciones de origen y las indicaciones geográficas representativas de una calidad determinada legalmente tutelada forman parte del acervo intangible de la organización y a su servicio, siempre que su titular tuviera el reconocimiento registral exclusivo (LM art. 34).

Precisamente, la protección penal asegura el derecho exclusivo, bien jurídico tutelado, para el titular de la marca y otros signos (CP arts. 274 y 275).

Los signos distintivos, en general, son bienes inmateriales que sirven para atraer clientela y mostrar al consumidor la calidad y prestigio de los productos o servicios en el mercado.

En primer término, entonces, forman parte del activo inmaterial de la empresa y conforman un componente destacado de su patrimonio y aptitud de generación de resultado económico.

En segundo lugar, habida cuenta de su separabilidad jurídica de la empresa demuestran aptitud para generar cualquier clase de rendimientos y ganancias de capital, a excepción de los de trabajo personal, puesto que aquí no se verifica ni hay ocasión para la marca laboral.

La cesión de marca o de solicitud opera en el escenario de los negocios traslativos de dominio o de derechos, con independencia de la transmisión de empresa.

La licencia de marca, exclusiva o no, confiere su uso para que un tercero distinga sus productos o servicios con la marca del cedente, sea a través de un canon regular o en función de la producción o facturación del cesionario.

La licencia puede acompañar la transferencia de tecnología, vía licencia de patente o know how del licenciante. Y esto propone la alternativa de prestaciones que no son meramente empresariales, sino, también, profesionales; desmintiendo que la marca y los otros signos solo atienden al ejercicio de empresa, que no de profesión: un inventor puede licenciar su marca y conocimiento técnico acompañando la patente, en ejercicio de su actividad profesional.

La diferencia entre marcas no apoya la clasificación legal propuesta. Las operaciones sobre la marca no permiten establecer efectos fiscales distintos según se trate de una marca de fábrica, comercio o servicios, de frecuente coincidencia sobre el mismo producto. En suma, los rendimientos de la transmisión o licencia de marca no habilita para asignarles fuentes diferentes conforme a su naturaleza de fábrica o producto, mercantil o de servicios.

No obstante, cuando el autor de la obra o el inventor, persona física, transfiere o licencia sus derechos patrimoniales, junto con el registro de la marca percibirá una contraprestación que bien puede entrar en la categoría de actividad profesional.

Asimismo, será profesional el resultado de la certificación o garantía que pueda conceder para acreditar que los productos o servicios creados, pero transformados, comercializados o servidos por otros, cumplen los requisitos por él establecidos en orden a su calidad, técnica, modo de elaboración. La marca de garantía (LM art. 68) puede ser una modalidad de renta profesional siempre que el creador del producto asuma, a la vez, mediante el registro, la certificación de la fabricación, comercialización o servicio del objeto patentado.

## **8. INNOVACIÓN, INVENCION, PATENTE**

La innovación, nuevas combinaciones de productos o procesos al hacer las cosas, no se confunde con el invento. Schumpeter apunta que el invento no es innovación sino cuando es apto para su aplicación comercial: “La innovación es posible sin que exista lo que nosotros identificamos con un invento”.

El empresario dinámico, afirma Perroux, innova económicamente incorporando a la realidad del mercado la invención técnica o, más ampliamente, la combinación nueva.

No toda invención culmina en patente, porque el empresario evita hacerlo pública y limitar su vida legal útil. La búsqueda de la protección de la patente persigue la recuperación de la investigación y desarrollo o la creación de barreras a la competencia que permitan ganar tiempo en el mercado y perfeccionar la aplicación comercial de la patente.

Pero, la patente puede ser, también, inconveniente por la publicidad que supone de la orientación de la empresa o de su elección tecnológica.

Así puede ocurrir que se produzca innovación sin invento; invención sin patente o, por último, patente sin explotación comercial.

La patente goza del monopolio legal de aprovechamiento de la renta que se espera del invento mediante la exclusión de los otros. Pero, así como el invento patentado no

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

implica explotación inmediata; la patente conlleva la inmediata creación de derechos negativos, de exclusión, de terceros.

Hay una valoración bidimensional de la patente. Primero, la renta de privilegio que confiere al invento y, segundo, la renta esperable de su eventual explotación o aplicación comercial.

La patente supone el monopolio legal a su titular para la explotación de productos o procedimientos durante el plazo improrrogable de 20 años (LP art. 49), o de 10 años si se trata de modelos de utilidad (LP art. 152.2) y topografías de productos semiconductores (L 11/1988 art. 7.2).

El derecho que confiere la patente consiste en el derecho negativo (negative right) de exclusión de los otros en la manufactura, utilización o venta del invento. El contenido del derecho de patente es esencialmente negativo "...es el derecho a prohibir a los terceros que sin consentimiento del titular exploten la invención patentada...".<sup>277</sup>

La prohibición mercantil resulta reforzada por la tutela penal que ampara los derechos de patente o modelo de utilidad cuando sean vulnerados sin consentimiento de su titular (CP art. 273).

La patente sanciona a favor de su titular la exclusión de terceros en el mercado respecto al objeto, procedimiento o modelo inventado. Pero, no otorga igual fuerza para la explotación del invento: "Verdaderamente, el inventor podría encontrarse infringiendo el derecho de patente de otros si decide manufacturar, utilizar o vender su propia invención".<sup>278</sup>

Por ejemplo, si la invención patentada depende para su explotación de otra patente cuyo propietario no es el mismo.

El fundamento de la patente, entonces, es la recompensa legal al primero y el reconocimiento de su ventaja competitiva durante un lapso de tiempo, a cambio de la publicidad de su innovación o descubrimiento.

El derecho negativo que se extrae de la patente representa, en si mismo, un valor económico, con prescindencia de su explotación, al menos y como máximo durante el periodo de monopolio legal. Por tanto, desde esta perspectiva, la patente, cualquiera que sea y sus similares, expone un valor patrimonial intrínseco, simplemente, porque es garantía de exclusión.

El valor negativo llega a la organización por adquisición a título oneroso o por investigación y desarrollo, y siempre, con fecha cierta de extinción: la exclusión de terceros fine a los veinte o diez años respectivamente.

277. BERCOVITZ, A., cit, p 389.

278. BURGE. D.A., *Patent and Trademark. Tactics and practice*, N. York, 1984, p 27.

La renta de monopolio (el derecho negativo) es el efecto de la patente, y, como se ha visto, preceda o no a la explotación, que, inclusive, pudiera ni llegar a producirse.

La base de la amortización del derecho negativo (renta de monopolio) no puede ser sino la existencia jurídica que la tutela. Y esto vale tanto para la creación interna de la innovación, cuanto para la compra por precio.

Puede suceder que se adquiriera la patente o similares habiendo transcurrido una parte de su plazo máximo de vigencia registral, o, se hubieran concedido licencias de uso por un tiempo determinado. No cambia el plazo de amortización: lo que establece el tiempo jurídico útil del derecho negativo es el tiempo del monopolio legal. Y ello porque el periodo de exclusión determina la renta de monopolio. La amortización será la que se ajuste a ese plazo.

A la inversa, cuando la patente es el corolario del proyecto de investigación y desarrollo suma la base amortizable a los costes de registro y formalización de la patente. En verdad, el I+D es amortizable dentro del valor asignado a la invención, “en cuanto coste de producción de la misma”.<sup>279</sup>

Hay un bien jurídico de resultado, afectando la calificación del proyecto de I+D que reúne las condiciones de patentabilidad. La capitalización de los costes por la obtención del patente añade el importe de dichos gastos imputables a los que se deriven de la inscripción del derecho.

De esta forma, la amortización de la renta monopólica de patente se verifica durante el plazo legal que corresponda, 20 o 10 años.

Esto plantea una segunda perspectiva, conectada a la explotación comercial de la patente, que no a su obtención y mantenimiento.

Por un lado, la patente como derecho negativo debe amortizarse en el plazo legal improrrogable. Por otro, el periodo de amortización, por fuerza, es otro cuando hay explotación del titular del objeto o procedimiento amparado por la patente. La introducción en el comercio del producto o procedimiento que sirve a su fabricación, utilización u oferta.

La eficacia económica o el aprovechamiento limitado en el tiempo está determinado por el “periodo durante el cual se espera, razonablemente, que produzca (el objeto patentado) ingresos” (RIS art. 1º.4).

La explotación de la patente, a diferencia de la inscripción de la patente inactiva, carece de fecha cierta de extinción: debe justificar su amortización desde el momento en que está en condiciones de producir ingresos y a lo largo del tiempo que se confía que se produzcan.

279. LÓPEZ ESPADAFOR, cit, p 70.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

La perdurabilidad del ingreso es incierto, sea por los cambios tecnológicos, de modas o gustos de los consumidores. Y su fijación atiende a los beneficios previsibles de la explotación de la invención patentada o el precio que resulta de la concesión de una licencia de explotación.

La duración de la amortización depende de la explotación o no de la patente. O se refiere a la protección legal del derecho negativo o a su utilización si ésta es inferior. El titular de la patente puede optar por la amortización lineal legal, o por la amortización libre. Si compra una patente para su explotación ajustará su amortización al límite anual máximo de la décima parte de su importe, porque no tiene fecha cierta de extinción, o, de nuevo, a la amortización libre justificada. Si la compra de la patente se realiza mediante el pago de cánones anuales en proporción a las ventas o a los productos vendidos podría aceptarse la solución francesa que propone la amortización de la compra en un importe igual al canon satisfecho en el curso del mismo año, siempre que el valor de adquisición represente el valor estimado del canon.<sup>280</sup>

Si el titular no cede la patente, sino concede licencia para la explotación de la invención patentada será el contrato el que establezca la extensión de la vida útil de la patente, vinculando la amortización a su plazo de vigencia, a la duración pactada.

No obstante, la licencia de explotación puede significar, en circunstancias, una transmisión total de los derechos propietarios. La licencia puede ser exclusiva, con renuncia del titular a la explotación de la invención (LP art. 75.6), o se conviene con una entidad vinculada al titular. La conclusión es que el titular del derecho licencia todo su contenido, aunque conserve el dominio aparente. Cuando el licenciataria se procura el núcleo esencial del derecho del titular a cambio de un canon, se podría pensar que “el licenciataria tiene ahora un ventajoso contrato, un nuevo activo intangible”.<sup>281</sup>

El licenciataria sería titular de un bien inmaterial representado por el contrato de licencia. El canon no sería un gasto deducible, sino un elemento del inmovilizado inmaterial.

La jurisprudencia francesa entiende que el contrato de licencia es un activo inmaterial cuando tiene carácter de exclusivo, cuya duración es igual a la de la vida legal de la patente, que no requiere el acuerdo del cedente para transferir a otros el contrato de licencia.

El licenciataria se convierte en titular de derecho susceptibles de constituir una fuente regular de beneficios dotada de perennidad suficiente.

El licenciataria, en esta tesitura, debería contabilizar su contrato de licencia como activo inmaterial y gozaría de los gastos amortizables como si fuera el comprador de la

280. SCHMIDT-SZALEWSKI-PIERRE, cit, p 454.

281. SMITH, G.V., PARR, R.L., cit, p 339.

patente, en los plazos derivados del acuerdo contractual. Obviamente, el canon pagado no podría ser deducido como gasto del periodo porque atiende al elemento inmovilizado.

### 8.1. LEASEHOLD INTEREST

El contrato más valioso es aquel que ofrece costes menores o mayores oportunidades de beneficios. El “leasehold interest” individualiza la situación en la cual el arrendatario de una finca obtiene un interés especial sobre la propiedad durante su contrato porque el propietario le confiere algo más de su derecho en términos de cuota o plazo. El arrendatario obtiene derecho cuyo valor supera el que resultaría de la capitalización del pago del alquiler. Por ejemplo, una renta de un euro anual durante 50 años.

El arrendatario deviene titular de un “leasehold interest”, de un activo intangible que, aunque no sea de su propiedad, le permite el ejercicio de la totalidad de los derechos o casi que le corresponderían al propietario. Adquiere casi todos los derechos del propietario, pero pagando solo por una parte de ellos.

Lo mismo puede pasar con una licencia de explotación de la patente, bajo determinadas condiciones. Y esto es lo que aprecia la jurisprudencia francesa.

Los cánones derivados de la licencia son precio de adquisición de un elemento del inmovilizado inmaterial, que no gastos generales, cuando se plasman tres requisitos: la exclusividad; la duración, cuando es igual a la de la patente o puede prolongarse a la extinción del contrato; el derecho de ceder o transferir el contrato sin acuerdo del concedente. Hay una fuente regular de beneficios dotados de una perennidad suficiente de la que es titular el licenciatario. Los cánones no son deducibles como gastos generales, ya que su objeto es la incorporación de un nuevo activo inmaterial apto para ser amortizable.<sup>282</sup>

La doctrina critica esta posición de la jurisprudencia administrativa señalando que el contrato de licencia carece de un valor patrimonial objetivo e indiscutible, porque se basa en simple esperanzas o expectativas. En cambio, supone un gasto general que puede permitir, eventualmente acrecer el potencial de la empresa. Asimismo, las empresas arriesgan la pérdida de la deducción de los cánones satisfechos, estando obligados, por otra parte, a hacer figurar el contrato de licencia como activo inmaterial en la contabilidad, para amortizar su coste.

Los cánones pasan a representar la compra del derecho al uso, que no su alquiler.

282. PIERRE, J.L., *Fiscalité*, cit, p 53.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

La posición de la jurisprudencia francesa, encauzada a la realidad jurídica efectiva, expresa –como en la apreciación del “leasehold interest”- la recalificación del contrato de licencia de explotación cuando el licenciataria procede como adquirente aunque sea utilizador de la patente.

O, mejor dicho, el canon satisface menos de lo que se obtiene a cambio y más de lo que puede conferirse en razón del uso.

La motivación es que no se trata de un mero uso de la patente; sino de la adquisición de un bien inmaterial que desnuda a su titular de sus derechos por precio (aunque sea vil).

### 8.2. LAS INVENCIONES LABORALES

La doctrina señala la importancia cuantitativa y cualitativa de las invenciones realizadas por el trabajador asalariado durante la vigencia de su relación laboral con la empresa. Así Bercovitz: “...la inmensa mayoría de las patentes se solicitan para las que se denominan invenciones laborales”.<sup>283</sup> y Pérez de la Cruz: “...la innovación exige una inversión económica considerable, siendo, en consecuencia marginal el número de solicitudes de patentes correspondientes a inventores aislados...”.<sup>284</sup>

No puede, como ya dije, sostenerse la equidad del sistema legal vigente respecto al trabajador inventor que resulta infravalorado a favor de su empleador. Hay una sustancial inclinación a la apropiación por la empresa del derecho de patente, desconociendo el poder de hecho del inventor sobre su idea.

La invención de servicio es la que resulta de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato. El derecho de patente pertenece al empresario (LPI art. 15).

En principio, el autor de la invención carece de derecho a una remuneración suplementaria, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido implícito o explícito de su contrato o relación de trabajo.

Del propio texto legal puede inferirse la absoluta discrecionalidad que rodea la contraprestación del invento de servicio. Literalmente, no tiene derecho, salvo excepción, a remuneración suplementaria, en el entendimiento que ya se le paga el salario para y por ello. El trabajador está expuesto a la libre ponderación de su invento en cuanto a su

---

283. BERCOVITZ, A., Op. cit, p 381.

284. URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, cit, p 403.

aportación personal (sic) cuando el invento es obviamente suyo y, peor aún, la importancia para la empresa valorada por ella misma. La línea correcta hubiera sido compensar al trabajador por el valor económico del invento, sea o no explotado por el empresario conforme a estipulaciones fijadas en los convenios colectivos, acuerdos de empresa o en el contrato.<sup>285</sup>

La remuneración suplementaria sostiene la duda sobre su naturaleza, aparentemente es un rendimiento del trabajo personal, en particular, un elemento integrante del salario principal, en ejecución del contrato o relación laboral. Pero, podría denunciar otra retribución distinta, no salarial, sino de capital (humano), un dividendo laboral.

Puede aproximarse esta remuneración suplementaria a la cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual por el trabajador asalariado (LIRPF art. 16.2.d), en el marco de la actividad habitual del empleador (TRLPI art. 51.2).

La invención mixta es el fruto del trabajador que dentro de su actividad profesional, aún cuando no ha sido contratado para investigar, procura una invención a la empresa basada en los conocimientos adquiridos en su seno o utilizando los medios que ésta le proporciona.

En este supuesto, el empresario puede optar por la titularidad de la invención o reservarse un derecho de utilización de la misma. El trabajador tiene en ambos casos derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento, a los costes de la empresa y a la aportación propia del trabajador (LP art. 17).

La invención mixta es un concurso de hechos jurídicos en el que confluye la adquisición originaria del invento por el asalariado y su correlativa opción al empresario a asumir la titularidad derivativa de la invención o reservarse un derecho de uso sobre la misma.

Pero, parece evidente que el propietario de la invención es el trabajador y que, cualquiera que sea la elección del emprendedor, tiene derecho a una compensación económica justa, que no una remuneración o retribución suplementaria, como sería el caso de la invención de servicio.

La compensación económica justa al trabajador no es un rendimiento de trabajo personal, sino fruto, como lo dice la propia LP, de “su actividad profesional en la empresa”, o sea, producto de su iniciativa autónoma, si bien la actividad de trabajador está dentro de la organización.

Esto supone calificar el rendimiento como derivado de la actividad profesional del sujeto. Un momento de autonomía (creativa) por cuenta propia en el interior de una relación laboral dependiente, por cuenta ajena.

285. Cfe. C.P.I. En Francia art. 611-7; COLSTON. C., cit, p 54, situando en los acuerdos voluntarios con los empleadores o su negociación sindical la gran esperanza de los trabajadores.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

La atribución de la invención al empresario no empece que su titular originario es el trabajador y, por fuerza, actuando, como bien señala la expresión francesa “hors mission”: aquella que originariamente pertenece al trabajador, pero que a demanda del empleador puede serle atribuida mediante el pago en contrapartida de un precio justo.<sup>286</sup>

Así, congruentemente, el derecho fiscal francés califica de beneficios profesionales los productos obtenidos por el trabajador de la explotación de las invenciones de las que es propietario (Instrucción administrativa de 1-9-1980, BODGI 5G16-80). El importe de la compensación justa, sea porque representa el precio de la cesión de la invención o cánones por la licencia de explotación asimilan al trabajador a un profesional autónomo, un inventor, externo a la empresa.<sup>287</sup>

Pero, también, es pertinente observar que la invención es el único modo de adquisición originaria del derecho de la patente (LP art. 10).

La adquisición, en este supuesto, surge de la invención en cabeza del trabajador. Si el empresario asume la titularidad de la misma siempre lo hará en virtud de una adquisición derivativa a cambio de una compensación económica justa.

En esa situación, a diferencia de la transmisión del derecho de autor, cuyo único modo de adquisición es la originaria; cabe en la invención la plena transmisión del derecho a la patente correspondiente al inventor.

Conviene enfatizar que el trabajador, por ley, es propietario originario de todas sus invenciones que no las de servicio (LP art. 16). Y esto arrastra la condición derivativa de la propiedad de la invención por el empleador en todas las otras circunstancias, sea en la invención mixta o en la denominada invención libre u ocasional, mediante la cual la realización de la invención no tiene ningún punto de contacto con la actividad laboral.<sup>288</sup>

En este caso, los derechos patrimoniales corresponden exclusivamente al trabajador.

Sin perjuicio de los antecedentes, el empresario, tanto en la invención de servicio, mixta, cuanto en la invención libre, recibe del derecho de patentes preferencias y privilegios a la hora de perfeccionar la titularidad de la invención o su derecho a la explotación. Por una parte, tanto si se trata de una invención de servicio como mixta debe ser informado de sus derechos so pena de pérdida de los suyos por el trabajador (LP art. 18).

Si esto puede ser desproporcionado, no lo es menos, que la solicitud de patente dentro del año siguiente a la extinción de la relación laboral puede ser reclamada por el (ex)

286. MARTÍN, J.P., *Droit des inventions de salariés*, París, 2002, p 9, art. 611-7-2 C.PI.

287. ROSEMBUJ, T., *Impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Barcelona, 1992, p 166.

288. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 200.

empresario, sin derecho a prueba en contrario por el trabajador que su invención carece de alguna relación con el trabajo previo (LP art. 19). Y, esto incluye la invención libre, sin perjuicio de una compensación económica justa.

La retribución de la invención mixta y, en su caso, de la libre no es una remuneración del trabajo personal asimilada; sino, un producto de la actividad profesional (aunque sea ocasional) del trabajador.

### 8.2.1. La irregularidad de la contraprestación en la renta del trabajo, de la profesión y empresa

Hay ciertos rendimientos generados en varios periodos impositivos, como mínimo en más de dos años, o que son calificados por su obtención de forma notoriamente irregular que gozan de una reducción objetiva y lineal del 40 por 100, siempre que sean recogidos en la disciplina legal y reglamentaria del IRPF.

En particular, los rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas enuncian, entre otros, el siguiente supuesto de reducción: Premios literarios, artísticos o científicos que no gocen de exención en este Impuesto. No se consideran premios, a estos efectos, las contraprestaciones económicas derivadas de la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial o que sustituyan a éstas (RIRPF art, 1 0.1.g); art. 24.1.c).

Los premios no exentos (LIRPF art. 7.1); RIRPF art, 2) que reconozcan méritos del autor o creador mediante recompensa económica pueden denominarse como rendimientos irregulares sean del trabajo o de la actividad económica. El premio (aún no exento) nunca puede suponer la cesión o limitación de los derechos de propiedad intelectual o industrial sobre la obra premiada. Es decir, el premio nunca puede interpretarse como una contraprestación económica.

Y, entonces, se dice: la contraprestación por cesión de la propiedad intelectual o industrial o, lo mismo, con carácter sustitutorio; no se consideran premios, a efectos de su calificación como rendimientos irregulares.

La norma reglamentaria expresa una ratio compleja.

La primera pregunta es la razón de su enunciado. Si el premio no conlleva contraprestación y, más aún, no implica exigencia ni limitación sobre la cesión de la propiedad intelectual o industrial resulta del todo inopinado sospechar que pueda asimilarse la cesión de la creación intelectual o industrial a un premio. En verdad, la cesión de la invención laboral ocurrirá por precio, cuya naturaleza, puede ser salarial o profesional.

Y, por añadidura, hasta empresarial si es el objeto de la actividad económica del autor o inventor orgánico.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

No es convincente que se afirme que no son premios aquellas situaciones que ya sabemos que no lo son. Por tanto, la segunda pregunta atiende al significado literal de la expresión: no se consideran premios, a estos efectos ...¿A que efectos se refiere? O, de otro modo, tales cesiones pueden considerarse como premios a otros efectos y si es así ¿a cuales?.

Una lectura congruente de la invención o autoría laboral debe tomar como punto de partida la propiedad originaria del trabajador que realiza la creación en la empresa, pero, sin que sea fruto directo de la relación laboral.

La propiedad originaria de la creación o invención expresa el concepto civil de especificación: cuando una persona actúa con su trabajo o su esfuerzo sobre una cosa y la convierte o transforma en otra esencialmente distinta. La mutación de la especie, según Díez Picazo, como, por ejemplo, transformar un bloque de mármol en una estatua.<sup>289</sup>

El especificante (trabajador) adquiere la propiedad del bien aunque el material sea ajeno –la utilización de los medios proporcionados por la empresa–.

El trabajador adquiere la propiedad a título originario. El fundamento es el artículo 383 Cc: El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie –creación intelectual o industrial– hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta los derechos a la titularidad y explotación económica de la obra a favor del empleador...”No surge el conflicto entre dos propiedades, sino entre la propiedad y el trabajo, entre el propietario de la materia y el artífice” (Doral García).<sup>290</sup>

La actividad del trabajador en la empresa no representa lo que se espera de su relación laboral. La compensación equitativa significa que de ese bien inmaterial originado de la especificación en el interior de la organización o, al menos, contando con su soporte material, hay una parte que descuenta la empresa en su favor traducido en la posible explotación económica de la invención y otra que reconoce la nueva especie de la invención. Y finalmente, el premio a la novedad, la aportación propia del trabajador.

La discusión del punto de partida –el desequilibrio inestable entre una parte fuerte y otra débil– no obsta para aceptar que, formalmente, el uso de empresa por el trabajador y el uso de la invención por la empresa sintetizan la simetría de evitación del enriquecimiento sin causa.

289. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, cit, p 279.

290. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentarios*, cit, 3, p 207: “... se puede afirmar que el párrafo primero del artículo 383 proclama el principio de accesoriedad proclamado por el párrafo segundo del artículo 377, pero atemperado además por la valoración social de lo que puede devenir en principal, así como por la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 que atribuye en su artículo 10.1 a la materia la mera condición de soporte de la creación artística, literario o científica”. A lo que se une lo ya dicho sobre la Ley de Patentes.

La invención sin previa transmisión por el trabajador le hace propietario originario de la obra y objeto de la misma. Hay una adquisición de un bien nuevo que no deriva de una transmisión previa.

La invención mixta y, en alguna medida también la invención libre, es una ganancia patrimonial directa del trabajador. La alteración tiene un contenido material (la especificación) que ampara al que la realiza (v. III 1.3.1).

La invención laboral, en este sentido, es la “dación de nueva forma a material ajeno”, una especie de accesión.<sup>291</sup>

La configuración de la invención o autoría de la creación aproximan su disciplina a la propiedad de las cosas muebles que no pertenecen a ninguno, las ganancias del juego, premios no exentos, determinadas indemnizaciones. Es el ámbito del LIRPF art. 11.5.<sup>292</sup>

Esto supone situar en un contexto jurídico combinado la interpretación de los artículos reglamentarios (10.1 g) y 24.1.c). Las contraprestaciones económicas de la cesión de propiedad intelectual o industrial derivadas de invenciones mixtas o libres realizadas por trabajadores no son premios a efectos de su consideración como rendimientos obtenidos de forma irregular en el tiempo, sea con referencia al trabajo personal cuanto al trabajo autónomo ocasional o no habitual.

Pero, son premios a la creación intelectual, cuya calificación responde a ganancias que no derivan de una transmisión (LIRPF arts. 11.5 y 35.1)).<sup>293</sup>

La compensación económica equitativa (premio) es el valor añadido a una retribución, sea salarial o profesional, en contrapartida por la cesión o concesión de la nueva riqueza —la obra o la invención— lograda en el seno de la organización, siendo el especificador un asalariado que actúa, momentáneamente, por su cuenta: un profesional ocasional cuya renta es azarosa, irrepetible, accidental.

Las contraprestaciones económicas que sustituyen la propiedad industrial (e intelectual) también son indemnizaciones comprendidas en el cuadro de ganancias sin transmisión previa.

Así, por ejemplo, la indemnización al titular de la patente por la utilización indebida de la invención entre la solicitud y la fecha de su publicación (protección provisional ex

291. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español*, cit, I, I, p 319.

292. Art. 51 en el derogado IRPF, v. SOLER ROCH, M.T., en *Comentarios a la ley del IRPF y a la ley del I.P.*, Pamplona, 1995, p 820.

293. El pasaje de la invención laboral mixta al empresario realiza el presupuesto de una ganancia o pérdida patrimonial, que, queda sometida al régimen general fiscal que la gobierna. La compensación económica es una ganancia o pérdida patrimonial, de corto o largo plazo, derivada de la cesión de la propiedad industrial o que sustituyen su explotación. Es una cifra cuyo valor de adquisición consiste en la aportación propia del trabajador propietario y el valor de enajenación identifica el valor económico para el empresario, restando su propia contribución al logro obtenido.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

art. 59 LP). O, asimismo, la indemnización por explotación indebida de la patente, sin autorización de su titular, comprensiva no solo de la pérdida sufrida, sino además de la ganancia que se dejó de obtener (LP art. 66). Esta compensación tiene la misma naturaleza que el precio no percibido de la patente o la concesión de una licencia. La licencia obligatoria, consecuencia del incumplimiento de la obligación de explotarla por el titular de la patente, ocasiona una compensación económica en su favor, conforme a la importancia económica del invento (LP art. 101), de carácter indemnizatorio y sustitutivo de las licencias contractuales.

### 8.3. EL INVENTOR PROFESIONAL

La invención se cualifica por la patentabilidad, pero, también, por la abstención de patente, sin que puede impedirse su uso en precedencia. (LP art. 54). El límite del preuso es que se trata de un derecho de explotación solo transmisible con la empresa en la cual se aplica el objeto de la patente.

De modo que pueden existir invenciones sin patente, aunque la lógica es la búsqueda de la tutela mediante la misma. Pero, el inventor es una figura distinta del titular de la patente. Inclusive, se establece, que el inventor tiene siempre el derecho a ser mencionado como tal inventor en la patente (LP art. 14).

El objeto de la actividad profesional de la invención no es otro que el descubrimiento, la novedad, la idea o el ingenio en si mismos. Y esto privilegia la prestación intelectual de su actividad. De la invención se podrá deducir la patente y la adquisición de la propiedad sobre la misma ante terceros, pudiendo transmitir su dominio o facilitar su explotación mediante licencias.

La renta del inventor profesional está integrada por tres categorías básicas: ganancias patrimoniales sin transmisión previa, retribuciones –cánones- por el derecho de uso de su invención o indemnizaciones por no –explotación- o por explotación abusiva o indebida.

La invención, en cualquiera de sus aspectos, como manifestación de la persona física que la realiza, ocasional o habitualmente, como resultado directo de su determinación.

El inventor solo es empresa si su profesión se despliega en el ámbito de otra actividad que en si misma puede calificarse como empresa.<sup>294</sup>

El inventor que explota sus descubrimientos mediante organización en el mercado (la empresa de invención). Por ejemplo, la aportación de sus invenciones a una sociedad bajo su control.

---

294. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, 1, p 43.

La invención no es separable de su creador, así como la obra lo es de su autor. Así como puede predicarse la distinción entre la obra como expresión y las ideas; ello no ocurre entre la idea y la invención que conforman un concepto inescindible.

Esto no implica desproteger la propiedad intelectual como medio innovativo, sino, establecer que en la propiedad industrial no hay transición entre la creación y lo creado.<sup>295</sup>

El inventor profesional es el descubridor en estado habitual, aunque solo lo consiga eventual u ocasionalmente.

El producto de la invención no es equivalente al resultado económico de la organización en forma de empresa. Tiene su principal componente en la prestación personal, intelectual, directa, de su realizador, por cuenta propia.<sup>296</sup>

Por eso es oportuno diferenciar la actividad profesional del inventor de la organización por el propio inventor o tercero de una organización empresarial.

La principal diferencia es que la invención es fruto de la actividad de su autor, una retribución de su trabajo autónomo.

#### 8.4. LA EMPRESA DE INVENTOR

No siempre ni en cualquier caso la explotación económica –la búsqueda del beneficio– individualiza una organización de empresa. Por lo tanto, no puede concluirse que toda explotación económica de la propiedad industrial implica el desarrollo de una actividad empresarial.<sup>297</sup>

La organización separa al inventor de la invención y su resultado económico no se encauza por la profesión, que puede servir a la explotación económica a través de sus servicios personales, o la renta pasiva, donde la propiedad industrial sirve de capital financiero para persona distinta del inventor.

La empresa de inventor, sea individual o societaria, obliga a tener presente cuanto se ha dicho sobre el trabajo autónomo y su peculiaridad en términos de comerciante o empresario y la aplicación de la contabilidad fiscal o mercantil. En suma, objetivamente, la empresa tiene como activo la aportación de la invención, patente, procedimientos

295. HOLYOAK-TORREMANS, Op. cit, p 24.

296. PIERRE, J.L., *Fiscalité*, cit, p 123: critica la posición de la Administración francesa que, en general, no entiende que el inventor sea un “verdadero profesional”, en base a que resultando indiscutible su actividad independiente y de contenido intelectual autoriza su calificación, citando, además, alguna jurisprudencia a favor.

297. GARCIA-OVIES, I.-SESMA, B., en *Comentarios a la Ley del IRPF*, cit, p 608.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

de know how y su actividad consiste o en la explotación comercial de los derechos de propiedad o posesión o su realización industrial, mediante una adecuada organización.

La “otra actividad” puede calificarse como empresa: el inventor que aprovecha en el mercado su propio descubrimiento o, inclusive, invenciones de otros. El momento intelectual no aparece confundido con el momento de empresa, que prevalece.

En ese ámbito la empresa de inventor puede configurarse como aquella que tiene por objeto la fabricación, importación, utilización, ofrecimiento, introducción en el comercio de patentes o modelo de utilidad solicitado o registrado, con fines industriales o comerciales (LP art. 50; C.P. art. 273). La explotación de la invención patentada mediante organización encarada al mercado.

Obviamente, pese a tratarse de una empresa en la que el inventor participe indirectamente, desde el punto de vista comercial; sigue presente, como entre el autor y la obra, una cierta personalización de la actividad económica, en particular, cuando está obligado a poner a disposición los conocimientos técnicos que posee y que son suyos e intransferibles como tales, resultando necesarios para proceder a una adecuada explotación de la invención. La sensibilidad del bien inmaterial es que no permite nunca olvidar, definitivamente, el obrar o hacer humano del que le dio origen.

### 8.5. LA RENTA PASIVA

Son rendimientos del capital mobiliario los procedentes de la propiedad intelectual cuando el contribuyente no sea el autor y los procedentes de la propiedad industrial que no se encuentre afecta a actividades económicas realizadas por el contribuyente (LIRPF art. 23.4.a).

Los frutos (civiles) del capital que tienen por fuente la propiedad industrial y a favor de persona distinta del inventor tienen la calificación de renta del capital mobiliario. Es lógico, se trata de configurar como renta pasiva aquel que está desprendido del premio a la idea de su creador o de cualquier participación material o personal de su parte.

La renta procedente del bien de invención asimila los ingresos a la renta pasiva obtenida sin su participación material o personal y carente de organización empresarial.

La obtención de renta derivada de la propiedad industrial por otro que no es su creador y /o titular registral, si no hay coincidencia; trae como referencia, en primer lugar, a los causahabientes, pero, también, a terceros acreedores privilegiados y licenciantes y licenciatarios o concesionarios de los derechos de explotación, exactamente como los derechos amparados por la propiedad intelectual.

La limitación legal específica atiende a que el bien inmaterial generador de los rendimientos no se encuentre afecto a una actividad económica.

Lo cierto es que hay renta pasiva cuando el titular legitimado a su percepción no es el creador y no dedique el bien a una actividad económica.

El problema radica en la delimitación del supuesto.

Si el tercero obtiene los rendimientos destinando el bien inmaterial a su profesión o empresa no hay renta pasiva. Así, siempre que el derecho de propiedad industrial sea utilizado en un procedimiento industrial o profesional del contribuyente se considera activo fijo inmaterial y los rendimientos se califican de rendimientos de la actividad (DGT 19-10-94).

No es persuasivo sostener que no basta una sola persona y la titularidad nominal del derecho para su explotación económica, sino que se requiere en cualquier caso una actividad empresarial (o profesional) aunque sea mínima.<sup>298</sup>

En efecto, la legitimidad al producto de la propiedad industrial puede perfectamente ser un fruto (civil) de capital, toda vez que constituye el rendimiento que procede de una fuente estable como es el derecho de su titular a la percepción, conforme a su destino económico y sin alterar la sustancia. Y esto no es solo aplicable a los causahabientes, sino, además, a los que ostentan un crédito preferente a los frutos, sea hipotecario, derechos reales de usufructo, embargos y licenciantes o licenciarios, siempre que, en ninguno de estos casos, la renta pasiva así obtenida sea identificable con la actividad propia del no-creador: la conexión estructural y funcional al objeto de su organización, si es empresa, o pericia técnica, si es profesional. Toda vez que la afectación del derecho de propiedad industrial no es consonante con la actividad principal del no-creador, puede calificarse la renta pasiva derivada de la propiedad industrial. No obstante, de nuevo, hay que diferenciar, entre afectación del bien a empresa y profesión.

No parece, como hemos visto sostener a la Administración, que el derecho de propiedad industrial utilizado en la profesión sea un activo fijo inmaterial.

El inventor nunca puede destinar su invención a su actividad, como si fuera un elemento de inmovilizado inmaterial, desde el momento en que su profesión tiene por objeto la invención. ¿cómo podría incorporar a su activo un derecho que no será explotado por el mismo?.<sup>299</sup>

Es el rendimiento pasivo de una tercera persona, no profesional ni empresario, por el objeto económico y jurídico de su actividad, y siempre que no esté afectado como activo fijo inmaterial a su organización en forma de empresa.

Si es un profesional el derecho no es que está afecto, sino que está en su patrimonio y persona, por lo que, se tratará de otra profesión que no la de inventor o creador de bienes protegidos por la propiedad industrial.

298. GARCIA-OVIES, I.,-SESMA, B., cit, p 608.

299. PIERRE, J.L., cit, p 137 y jurisprudencia citada.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El no-inventor, de otra profesión y sin perfil de empresa vecina, afín, a la fuente productiva de renta: una renta pura de capital, desgajada del autor y sin nexo con otro origen que no sea el derecho de propiedad industrial.<sup>300</sup>

## 9. LA CREACIÓN INTELECTUAL

El creador de una obra literaria, artística o científica es el titular de la propiedad intelectual, integrada por un conjunto de facultades personales (derechos morales) y patrimoniales, los derechos exclusivos a disfrutar, explotar y disponer de la obra producida (LPI art. 2).

Los derechos morales son los atinentes a la proyección personal del autor sobre la divulgación o no de la obra, el derecho a retirarla del mercado por cambio de sus convicciones o a exigir la integridad de la misma.

Los derechos patrimoniales comprenden la explotación comercial: derecho de reproducción, de distribución, de comunicación pública, transformación y colección (LPI arts. 17 a 25).

La protección del autor se concentra en la expresión mediante la cual materializa su idea, mientras que el invento y la nueva idea componen un objeto inseparable. Y la obra literaria, artística o científica no está gravada por la carga obligatoria de la productividad. La obra intelectual, aunque se aproxime cada vez más a la explotación económica propia de la patente resulta, sin embargo, especial o particularmente agredida por la no explotación en manos de su autor: “La obra intelectual, a la vez que un objeto susceptible de explotación económica, sigue siendo un elemento –aunque objetivado– de la esfera personalísima del autor”.<sup>301</sup>

El derecho de autor, en suma, asigna un señorío exclusivo sobre la creación original que se manifieste por cualquier medio o soporte tangible o intangible conocido o que se

300. LOPEZ ESPADAFOR, C.M., Op. cit, p 87, cita el ejemplo de los herederos, pero, en lo que aquí interesa, el ejemplo del comprador de derechos sobre una patente que no está afecta a su empresa o profesión y obtiene la renta pasiva “concediendo a terceros licencias de explotación sobre la misma”.

301. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *Comentarios al Código Civil*, cit, T.V. Vol. 2º, p 716.

invente (LPI art. 10), y que compone el interés moral y económico sobre la obra producida.

Los derechos de explotación de la obra duran toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte.

La extinción de los derechos de explotación determinan su paso al dominio público, sin que obste a la persistencia de sus facultades personales y un cierto señorío del autor sobre la obra –la paternidad y la integridad–.

Los derechos de explotación pueden transmitirse mortis causa o por actos inter vivos. Pero, como se verá, manteniendo el autor, inclusive cuando vende, el núcleo del derecho moral.

La concesión a título oneroso –análoga a la licencia de patentes– le confiere al autor una participación proporcional en los ingresos de la explotación o un tanto alzado.

La concesión puede ser en exclusiva o no. El cesionario exclusivo tiene la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otro, incluso el autor y, salvo pacto en contrario, otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Lo importante de la exclusividad radica en la obligación explícita que adquiere de que la explotación sea efectiva, o sea, le vincula en la utilización económica del derecho concedido.

La concesión en exclusiva, a poco que se analice, se asemeja a la concesión de la licencia análoga de explotación de patente. Aquí, también, debe considerarse, si ello no constituye al cesionario en titular de un activo inmaterial (leasehold interest) como en el caso de la patente o marca. La gran diferencia es que el cesionario nunca podrá comprar definitiva y perennemente los derechos de autor, al menos los derechos morales que le complementan.

La propiedad intelectual, además, reúne como característica destacada que nunca termina de transmitirse del todo, conservando su creador un núcleo de dominio que le hace irreductible a la cesión: “Aunque se haya transmitido la propiedad intelectual plena, el autor queda siempre con un cierto señorío (a modo de señorío eminente) sobre la obra en cuanto prolongación de la propia persona”.<sup>302</sup>

Es decir, la transmisión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual encierran una concesión del derecho uso y disfrute de los mismos antes que una verdadera transferencia. Alguna doctrina inclusive asimila ese negocio jurídico a una licencia, a una autorización para explotación en los límites legales y convencionales.<sup>303</sup>

La transmisión de los derechos de explotación que, insiste la doctrina “genera para los transmisores meras situaciones de gestión constreñidas a una suerte de habilitaciones temporales y materialmente limitadas a la voluntad dominante del autor=ceden-

302. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *en Comentarios al CC y CF*, cit, T. V. Vol. 2º, p 719.

303. RIVERO HERNANDEZ, F., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Madrid 1997, p 282.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

te” (Rams Albesa), tiene una fecha cierta de existencia, a falta de otra disposición de las partes, de máximo de cinco años y aplicable en el territorio del país donde ésta se realice.

El plazo quinquenal, en defecto de otra estipulación, rige desde el momento en que la obra puede ser explotada por el cesionario (LPI art. 43.2).

La cesión de los derechos, más bien, licencia, pueden celebrarse por el periodo de tiempo que las partes dispongan, pero, en cualquier caso, hay un plazo mínimo de cinco años.

La vida de la propiedad intelectual, en el mercado, alcanza al menos una vigencia quinquenal. Ese es su tiempo jurídico inderogable de existencia.

La adquisición a título oneroso de derechos de explotación puede partir de un periodo de amortización lineal de cinco años, a menos que se hubiera fijado otro periodo entre las partes; sin perjuicio de recurrir a la amortización libre.

### 9.1. LA PROVISIÓN POR DEPRECIACIÓN DE FONDOS

Las dotaciones para la cobertura de la reducción del valor de los fondos editoriales, fonográficos y audiovisuales de los productores, son deducibles una vez transcurridos dos años desde la puesta en el mercado de las respectivas producciones. Antes del transcurso de dicho plazo también pueden deducirse si se prueba la depreciación.

Esta partida deducible, observa una definición desde su origen. El supuesto atiende el envilecimiento de los valores en el mercado de los fondos de soportes intelectuales.

No obstante, el Real Decreto 3 061/1979 de 29 de diciembre, regulaba la materia de los fondos editoriales bajo el concepto de amortizaciones del inmovilizado.

El concepto, entonces, era claro: transcurridos dos años desde la publicación de las ediciones, se podría proceder a la amortización de los fondos editoriales en la medida que se presumía legalmente su desvalorización en el mercado.

La vida útil del fondo editorial se estimaba depreciada una vez pasados dos años desde la publicación. O sea, después de dicho plazo la opción del editor era la venta como saldo o la destrucción de los ejemplares. El legislador se refería a la amortización de un caso de depreciación de las existencias de una empresa.<sup>304</sup>

La reducción del valor de los fondos editoriales, fonográficos y audiovisuales, se afirma, no significa que se permita “la deducibilidad de su dotación, sino que, de alguna manera, le está flexibilizando en el sentido de aceptarla sin justificación alguna

---

304. BANACLOCHE, J.-BLESA, M.-GIMÉNEZ REYNA, E.-GONZÁLEZ PÓVEDA, V.-PEÑA ALVAREZ, F., *El impuesto sobre sociedades*, Jaen, 1981, p 156.

de la depreciación, transcurridos dos años desde la puesta en el mercado de los fondos".<sup>305</sup>

Pero, si es así, no estamos ante pérdidas potenciales o reversibles, cualidad de la provisión, sino ante un gasto amortizable. Las obras que expresan la propiedad intelectual otorgan a los cesionarios, a la sazón productores de la reproducción, fijación o grabación, la amortización acelerada, transcurridos como mínimo un plazo de dos años desde la puesta en el mercado de las producciones (libros o fascículos, audiovisuales, fonográficos).

Los productores, atendiendo el corto plazo de vida útil de su resultado pueden amortizar su coste en el periodo posterior a los 24 meses de su lanzamiento al mercado. En teoría, a los 24 meses y un día podrían deducir el total del coste de producción, sin justificación. Es un saldo pasible, inclusive, de destrucción.

Desde el momento en que no se vislumbra su aptitud para generar los ingresos de explotación que permitan recuperar su valor serán objeto de amortización acelerada. El productor, en esta opinión, amortiza su inversión, que no provisiona una pérdida reversible.

Por ello es coherente que no se admita la deducción a los que no son productores –v.g. librerías o, tampoco, a productores que adquieran el fondo a otros-. En rigor, la amortización solo corresponde a los que sean los autores de los fondos, esto es, a los que los producen.

La creación intelectual y su extrinsecación material conforman dos categorías de bienes diferentes: el bien inmaterial, de una parte y la cosa material, por otra. Pero, la creación opera siempre sobre la expresión. El cordón umbilical no se destruye. Es un activo material con componente inmaterial.

Precisamente, los derechos morales del autor están inescindiblemente ligados a la cosa divulgada o publicada. Así, el autor influye sobre su creación material –libro, película, disco- mediante la transferencia de las facultades que integran su derecho moral sobre el productor encargado de su explotación, utilización o aprovechamiento económico.

El autor desplaza, en suma, costes intangibles sobre la obra material: paternidad, integridad, modificabilidad, retiro del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales.

La obra representa tres clases de costes: costes de manufactura o realización; costes de explotación de los derechos patrimoniales del autor y, por último, los costes intangibles derivados del derecho moral.

305. LAORDEN, J.-ARQUÉS, J., Op. cit, p 473.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

El fondo editorial, audiovisual, fonográfico es, en proporción dominante, activo inmaterial y, subsidiariamente, material.

La adquisición de la propiedad intelectual a título oneroso por parte del productor al autor es retribución o compensación de capital intelectual. Y su divulgación (publicación) incorpora no solo el coste patrimonial del derecho de autor, sino, también, el coste del derecho moral.<sup>306</sup>

Es decir, que no hay una neta limitación, como se suele predicar, entre la propiedad intelectual y su expresión, salvo su separabilidad; pero, que no diluye hasta hacer desaparecer la protección subyacente del derecho moral, inclusive cuando la obra está divulgada o publicada.

La protección del derecho de autor no empece la importancia de la cosa material en la cual se representa. No se tutela la idea, sino su expresión y esto implica la particular importancia del productor: sin cosa material no hay bien inmaterial, no existe propiedad intelectual.

No puede, por tanto, confundirse la vida legal de la propiedad intelectual, inclusive los pactos de cesión de los derechos de explotación, con la vida útil económica de la mercancía.

Y esta caracterización permite establecer lo efímero (comercial) de la propiedad intelectual. La duración de la explotación es generalmente breve y variable y, en algunos casos, ni tan siquiera va más allá del año —producciones cinematográficas, libros—. <sup>307</sup>

La recuperación del valor de la inversión merced a las cuotas amortizables no puede despegarse de su aplicación a la mayor brevedad posible dentro del periodo mínimo (legal) de los cinco años y, en su caso, anticipadamente a los dos años y un día. El primero, cuando no haya otra previsión contractual en la cesión de los derechos de explotación; el segundo, cuando convenga al productor, por la pérdida de valor experimentada de sus existencias.

El plazo fijado en la deducción por provisión recuerda el concepto de vida útil de los fondos mencionados, el periodo en el que se estima generarán beneficios de su explotación.

La provisión (rectius: amortización) fija en dos años y un día el plazo, salvo prueba en contrario, en el que las mercancías culturales o intelectuales provocan alguna expect-

---

306. GURDENSEN, G.A., *Intellectual property aspects of acquisitions*, en BRYER, L.-SIMENSKY, M., *Intellectual property assets* cit, 6,8.33: "Es relevante la cuestión sobre si los derechos morales del autor pueden interferir con la modificación o explotación futura de estos trabajos...".

307. SMITH, G.V.-PARR, R.L., *Op. cit*, p 302: "De acuerdo con nuestra experiencia la propiedad intelectual produce beneficios económicos en un lapso mucho más breve que su vida legal, y, en su mayoría, estos beneficios ni siquiera se distribuyen en ese lapso de tiempo".

tativa de rentabilidad económica. Esto conlleva que, en modo genérico, su valor se reducirá a cero en ese periodo sin justificación del productor, teniendo en cuenta las excepciones que puedan ocurrir; careciendo de fundamento conservar un valor contable virtual, “pues es obvio que nadie estaría dispuesto a dar nada por un activo inmaterial incapaz de producir beneficios”.<sup>308</sup>

Es sintomático, al respecto, que el editor no puede vender como saldo la edición antes de los dos años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares, su introducción en el mercado, o, también, en el mismo plazo, tomar la decisión de destruir el resto de los ejemplares. La venta como saldo o la destrucción, con consentimiento o conocimiento del autor, son indicaciones precisas de final de la vida útil del producto (TRLPI).

A la inversa, aquellas obras que cuenten con una aceptación reconocida en el mercado podrán amortizarse, como el resto del inmovilizado inmaterial, en los términos convencionales pactados o, como máximo, por décimas partes anuales.

## 9.2. LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR Y LAS BASES DE DATOS

Las aplicaciones informáticas, de acuerdo a la norma contable, integran el inmovilizado inmaterial. La adquisición a terceros o la elaboración por la propia empresa de programas informáticos de empleo plurianual, sea a título de propiedad o por el derecho a uso, se amortizan sistemáticamente en el plazo de tiempo en que vayan a generar ingresos, con un límite de cinco años (PGC; Res. ICAC 7ª 21-01-1992).

El importe amortizable excluye los costes relativos a modificación o modernización de los sistemas informáticos ya existentes dentro de la empresa; los costes de formación de personal; los costes de consultas y revisión de mantenimiento.

La claridad contable en la definición del bien (inmaterial) informático no se compensa con la inexistencia de igual claridad en el ámbito tributario.

La única referencia cierta alude a la opción del contribuyente para acogerse a la amortización por tablas de los sistemas y programas informáticos, señalándose un máximo del 33% y un periodo de seis años. Es un sistema residual aplicable en la medida en que el interesado no recurra a otros. En particular, la amortización libre justificada; la deducción por décimas partes anuales o en su defecto, durante y hasta la fecha contractual cierta de extinción (RIS, Anexo Elementos comunes, 7; LIS art. 11.5).

308. CAÑIBANO, L., *Contabilidad*, cit, p 255.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

Cabe interrogarse sobre si los programas de ordenador y las bases de datos pueden acogerse a la provisión por depreciación ex. LIS art. 12.1, que, en principio, se dirige a los productores de fondos editoriales, fonográficos y audiovisuales.

Aún cuando la literalidad de la disposición no parece permitir su inclusión, conviene establecer que estamos ante un producto calificado jurídicamente como obra literaria y por tanto susceptible de internalizarse como fondo editorial, en tanto que propiedad intelectual (los programas de ordenador son explícitamente citados como objeto de propiedad intelectual, TRLPI art. 10 i)).

Esa identidad de disciplina jurídica sustantiva provee una cierta motivación para extender la interpretación respecto a los fondos informáticos de las entidades que realicen la correspondiente actividad productora, puesto que la ratio legis de la depreciación pretende corregir el valor de una serie de bienes de vida efímera, que se devalúan por mera permanencia en el almacén durante dos años y un día. No cabría aludir a diferencias, por ejemplo, con respecto a libros, composiciones musicales o, inclusive, obras audiovisuales, que, en el sentido jurídico real y efectivo no se verifican.

La reproducción de un programa de ordenador o su distribución pública es un fondo igual que el que está compuesto por libros, obras sonoras o audiovisuales.

La jurisprudencia instala definitivamente al programa de ordenador en la categoría de obra literaria: "... en cuanto obras intelectuales que utilizan el lenguaje escrito como medio de comunicación se consideran obras literarias a efectos de su protección como así se deduce de la Directiva comunitaria 91/250 CE, cuya transposición se llevó a cabo en la L.16/93 (STS 28 abril 2001).

La producción del software puede ser interna y resulta amortizable puesto que se trata de un producto separable, identificable y orientado a la satisfacción del productor o su clientela.

El producto informático puede comprarse a su autor, mediante la cesión total o parcial de la titularidad de sus derechos de explotación, a cambio de precio. El adquirente que lo utilizará para sus necesidades durante un determinado periodo de tiempo, incluirá el bien amortizable en su inmovilizado inmaterial, aunque ello implique la reproducción necesaria para su empleo, la realización de copia de seguridad, etc.

El concesionario puede comprar del autor el derecho del uso del producto informático con carácter exclusivo, transmisible, y temporalmente indefinido. En este supuesto, como en el caso de la licencia de patente, el cesionario deviene usuario de un elemento aproximado incorporable al activo inmaterial (leasehold interest).

El concesionario puede arrendar el uso del programa de ordenador con carácter no exclusivo, no transmisible a terceros, de carácter temporal limitado, que existiría una infracción a la propiedad intelectual si no fuera por la cesión otorgada por el autor (Com. OCDE art. 12,12,1). Sin perjuicio de la naturaleza precisa del contrato, es difi-

cil concebir que este caso sitúe al producto informático dentro del inmovilizado inmaterial: el canon que se paga no puede representar sino el derecho de uso del programa y, por tanto, si se amortizara no cabría deducción del mismo como gasto del periodo. La atención al contrato es esencial porque con la denominación de canon puede establecerse un precio de adquisición; así como, ya se dijo respecto a las licencias de patentes, un precio de compra puede encubrir un canon si aparece vinculado a la productividad futura o está fijado en función del empleo del producto.

De modo que el programa de ordenador, como cualquier otra obra literaria, puede ser objeto de la transmisión de dominio o, conservándolo su autor, susceptible de cesión de los derechos de uso, sea para la satisfacción inmediata de la utilidad para el usuario o para permitir al cesionario su explotación económica en el mercado. El producto informático es un bien intangible que se integra en el inmovilizado inmaterial, salvo las matizaciones respecto a las cesiones no exclusivas, intransmisibles y de duración limitada o a las adquisiciones encubiertas. Y esto significa que, en cualquier caso, la calificación del programa de ordenador como activo inmaterial depende de la realidad jurídica efectiva de la operación, negocio jurídico o contrato celebrado. En otros términos, ni el canon es siempre sinónimo de arrendamiento o alquiler, ni el precio individualiza la compra. Y esto interesa no solo a efectos de la amortización, sino, también, en el ámbito de la fiscalidad internacional, donde la definición de canon o precio adquiere sustancial importancia a efectos de la aplicación de las retenciones en el Estado de la fuente.

La misma tutela aplicable al programa de ordenador puede extenderse a la base de datos (TRLPI art. 12). La base de datos es una obra literaria cuya tutela ocurre siempre que sea original por razón de la selección y ordenación de los materiales que contiene: por la selección o la disposición del material constituyen una creación intelectual propia del autor (Directiva 96/9/CE del 11-3-1996).

No obstante, la base de datos propone una situación jurídica más compleja que el programa de ordenador. No solo hay una protección expresa de la propiedad intelectual por la creación de autor, sino, también de un derecho (que el propio legislador denomina *sui generis*) dirigido a la tutela de la base de datos en si misma, con prescindencia de si está o no amparada por la propiedad intelectual.

El derecho *sui generis* sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cuantitativa o cualitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía y otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido (TRLPI art. 133.1).

Se trata, entonces, de un derecho específico que atañe al fabricante por la inversión sustancial en la conformación de la base de datos. El fabricante es el empresario –toma la iniciativa y asume el riesgo– de efectuar la inversión sustancial orientada a la obtención, verificación o presentación de la base de datos.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

El fabricante tiene la facultad de prohibir la extracción y/o reutilización total o parcial de la base de datos. “El derecho en la inversión cubre el uso del contenido de la base de datos.”<sup>309</sup>

El derecho en la inversión impide que se realicen actos contrarios a la explotación normal de la base, causantes de perjuicios a los intereses legítimos del fabricante.

Es un derecho independiente del derecho de autor y que se aplica autónomamente a los derechos de autor, sea sobre el programa informático que la nutre como sobre la propia base de datos.

La base de datos no es un sistema ni programa informático, por lo que, no le afecta la amortización por tablas, como a los programas de ordenador.

Con la dicha exclusión, la inversión sustancial, cuyo resultado es un producto intangibles, es amortizable, como los programas de ordenador. Y, en mi opinión, el fabricante también disfruta de la depreciación del fondo constituido. Pero, aún más, el derecho en la inversión sustancial puede transferirse, cederse o darse en licencia contractual (TRLPI art. 133.1).

El fabricante puede transmitir el dominio sobre su derecho, cederlo en uso, en exclusiva durante un plazo indefinido o conferir una licencia no exclusiva y de vigencia definida.

El adquirente puede amortizar el dominio y la cesión de uso, pero, como en el caso de la patente o del programa de ordenador, es difícil, sin la interpretación del contrato, extender igual facultad a la licencia temporal y no exclusiva.

El derecho de inversión sustancial tiene un plazo de protección de quince años desde que se de por finalizado el proceso de fabricación de la base de datos. Pero, este plazo legal no obstaculiza la creación de otro y otros nuevos cuando haya modificaciones sustanciales –adiciones, supresiones, cambios sucesivos- que justifiquen un plazo propio para las mismas como la inversión sustancial. Esto confirma que la mudanza y variabilidad de este producto no puede sino gozar de breves periodos de amortización y depreciación por cuanto su obsolescencia es habitualmente precipitada.

### 9.3. LA RENTA DE CREACIÓN INTELECTUAL

#### 9.3.1. El trabajo personal

Son rendimientos del trabajo personal la elaboración de las obras literarias, artísticas, científicas, siempre que se ceda el derecho a su explotación (LIRPF art. 16.2.d).

---

309. HOLYOAK-TORREMANS, Op. cit.

El alcance de la norma es problemática, admitiendo una doble aproximación, sea amplia y genérica, comprensiva de todos y cada uno de los presupuestos de cesión de la explotación de la propiedad intelectual o, al contrario, restringida y particular, referida a aquellos presupuestos que se condensan en la aptitud de la creación intelectual como bien inmaterial susceptible de producir frutos derivados del trabajo en relación de dependencia.

La primera aproximación reclama la renuncia del legislador tributario, para identificar en su propio ámbito la materia disciplinada, mediante el reenvío por presuposición a la legislación de propiedad intelectual, y, por tanto, recibiendo, sin modificar, sus conceptos.

El punto de partida, casi obvio, es que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica, corresponde al autor por el solo hecho de su creación. La creación (elaboración) no se trasunta en efectos jurídicos tributarios mientras permanece en el propio ámbito personal y patrimonial del autor. No obstante, siempre que se ceda o transmitan los derechos de explotación de la obra –reproducción, distribución, comunicación pública, transformación- obtendrá una remuneración designada como rendimiento de trabajo personal.

La creación intelectual es un bien inmaterial que produce a su autor frutos del trabajo (dependiente). El autor, en cualquiera de sus circunstancias, como trabajador por cuenta ajena o autónomo, tendrá un salario como contraprestación a la transmisión de los derechos de explotación.

Esto parece reforzarse en el propio TRLPI al establecer que los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero si lo son sus frutos o productos, que se consideran como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable (TRLPI art. 53.2).

Esta posición se compadece con aquella doctrina que funda la renta de explotación como retribución del autor por su trabajo, en particular, el derecho de propiedad intelectual es una forma de capital humano que evidencia el derecho a la percepción futura de rentas del trabajo.<sup>310</sup>

Sin embargo, esta interpretación del rendimiento del autor es limitativa.

Primero, el presupuesto del rendimiento del trabajo personal atrae aquellas contraprestaciones que derivan del trabajo por cuenta ajena, en relación de dependencia. Puede extenderse su ámbito todo lo que se quiera, pero, no hasta el punto de incluir al trabajo autónomo, por ejemplo, en su territorio.

Segundo, el reenvío por presuposición al régimen jurídico de la propiedad intelectual no implica desarticular los institutos jurídicos intrínsecos, una vez que se reciben

310. BREÑA CRUZ, FA.-GARCÍA MARÍN, J.A., Op. cit, p 225.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

otros institutos de otras especialidades. Por ejemplo, el autor asalariado o en relación laboral consigue un salario por la cesión en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de la dicha relación laboral (TRLPI art. 51.2). Pero, esto no se verifica cuando hay una creación intelectual libre del trabajador, ajena a la actividad habitual del empresario, cuyos derechos de explotación son de exclusivo dominio del trabajador.<sup>311</sup>

O, aún más, cuando el trabajador concreta su creación intelectual empleando conocimientos adquiridos o medios de la empresa, sentando la diferencia con la invención laboral ex art. 16 LP.

Tercero, la referencia del régimen de propiedad intelectual a los frutos o productos de los derechos de explotación tienen un contenido preciso: su asimilación a salarios a efectos exclusivos del embargo para la protección de la parte débil del contrato. La cesión de los derechos de explotación da lugar a una remuneración proporcional en los ingresos o a tanto alzado que, salvo que se verifique en la relación laboral o de trabajo asalariado, no está conectada a prestación alguna de trabajo personal por cuenta ajena: son rendimientos derivados de la creación intelectual que tienen causa distinta de la remuneración del trabajo personal.

Por último, la renta de autor como producto, o, si se prefiere, el ejercicio de los derechos de explotación que suponen una fuente de rendimiento no explica la actividad –autónoma– de los derechos intelectuales de los artistas, intérpretes o ejecutantes, en los que la fuente de rendimiento son prestaciones de hacer, titulares de “los otros derechos de propiedad intelectual”. O, igualmente, autores de obras audiovisuales y, en general, aquellos rendimientos de la propiedad intelectual que no están basados en la fuente, sino en la actividad; que no se apoyan en la relación de dependencia, sino en el trabajo autónomo, lo cual termina creando interferencias con otros presupuestos de hecho dentro del mismo IRPF.<sup>312</sup>

Así culmina el propio IRPF calificando los rendimientos de autor y artistas como derivados de la actividad económica –empresa, profesión– cuando consistan en la organización autónoma de bienes o servicios para el mercado (LIRPF art. 16.3).

En conclusión, el presupuesto estricto de los rendimientos de trabajo personal del autor y afines se perfecciona solo en cuanto existe una relación laboral por cuenta ajena y toda vez que conlleve la automática cesión de los derechos de explotación del asalariado a favor de la empresa. O sea, cuando la existencia de la relación laboral impide la

311. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 245.

312. TABET, G., *Il Diritto d'Autore en Il Reddito d'Impresa*, Vol.I, Padova, 1997, p 365.

titularidad de los derechos de explotación del autor, a la sazón trabajador, por las obras creadas en razón de su vínculo de dependencia.

La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral –transmisión de los derechos del autor asalariado, se rige por el contrato escrito. A falta de pacto, se presume que los derechos de explotación se ceden en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de la dicha relación (TRLPI art. 51. 1., 2).

Es el supuesto típico, porque siempre que se produzcan tales circunstancias de hecho, el autor asalariado cede en exclusiva los derechos de explotación, nunca antes de la entrega de la obra.

No obstante, como afirma la doctrina, esto no se produce cuando el autor crea una obra ajena a la actividad habitual del empresario, aún en el seno de la relación laboral. Es el ámbito de las creaciones intelectuales libres, “cuyos derechos de explotación son de exclusiva titularidad del trabajador”<sup>313</sup>. Y lo que es relevante, aunque emplee medios de la empresa o conocimientos adquiridos en su trabajo. No estamos, en consecuencia, ante la cesión, en cualquier caso, de los derechos de explotación cuando consta la relación laboral.<sup>314</sup>

Los derechos de explotación del programa de ordenador creado por un trabajador asalariado, tanto el programa fuente como el programa objeto, pertenecen exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario, en la medida que lo hubiera sido en el ejercicio de las funciones confiadas o siguiendo las instrucciones del empresario (TRLPI art. 97.4).

Es decir que, fuera de los supuestos legales no le corresponden al empresario la titularidad de los derechos de explotación, con prescindencia si los medios o conocimientos del creador del programa son debidos a la empresa.<sup>315</sup>

Del mismo modo que en el caso antes expuesto, los rendimientos del autor asalariado, en esta ocasión del programa de ordenador, pueden calificarse como rendimientos del trabajo personal. Pero, fuera del ámbito legal de la propiedad intelectual, el trabajador conserva la titularidad de su obra.

El artista intérprete o ejecutante puede realizar su actividad, que no obra, en cumplimiento de un contrato de trabajo y, por tanto, sus rendimientos serán del trabajo perso-

313. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 245.

314. TRLPI Art. 51.3: el empresario no puede utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de la cesión expresa o tácita de los derechos de explotación.

315. ABADÍA VICENTE, M., *Cuestiones complejas que suscita la propiedad industrial e intelectual. Especial consideración de los programas de ordenador* en Patentes, marcas, software. cit, p 49.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

nal o a través de arrendamiento de servicios (TRLPI art. 110). El empresario o arrendatario adquiere sobre la interpretación o ejecución los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública salvo estipulación en contrario; salvo, como se vera, en la zona secante de la explotación del derecho de imagen donde los rendimientos son de capital mobiliario.

Los autores de obras audiovisuales pueden transitar por una relación laboral o autónoma, lo cual conduce a un tratamiento diferenciado en orden a la cesión de los derechos de explotación. La doctrina discute esta anfibología legal.<sup>316</sup>

Pero, a nuestro propósito, lo que interesa es que la relación entre autor y empresario puede darse con o sin relación laboral.

O, en otros términos, el empresario puede disponer de los derechos de explotación del autor asalariado conforme al art. 51.2 TRLPI o, en su defecto, los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra, conservando el autor la explotación (autónoma) de su obra mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato para su uso doméstico o mediante comunicación pública a través de la radiodifusión (TRLPI art. 88.1).

Los rendimientos derivados de la propiedad intelectual son del trabajo personal siempre que se cedan los derechos de explotación en el decurso de una relación laboral, de trabajo asalariado, por cuenta ajena y son profesionales los rendimientos del autor, si ello no se trasunta que, podrán calificarse en forma distinta, en particular, de trabajo (autónomo) del autor. A veces como resultado patrimonial de la obra creada y otras como consecuencia de la actividad creativa –artistas, autores audiovisuales- de naturaleza profesional.

Por último, del capital (humano) del trabajo si se refiere a la comercialización de la imagen de artistas.

La estática de la obra como bien inmaterial susceptible de producir rendimientos deviene básico para comprender como se produce la separación de la misma una vez materializada –expresada- de su creador.

La dinámica del autor, en cambio, sirve para explicar el contenido de su operativa, de su hacer continuo o estable, que es la fuente de los rendimientos de la obra que produce. El fruto de la obra puede desgajarse del autor –a favor de su empresa, de sus herederos-, pero, a la vez, el autor no puede desgajarse de su obra cuando recupera la unidad patrimonial y moral de su derecho como persona en la profesión artística, literaria o científica, o en el trabajo cuando la fuente de renta, su obra, es su imagen.

316. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de Autor*, Madrid, 1992, p 82.

### 9.3.2. El trabajo profesional

La definición profesional significa que la idea y su expresión perseveran en la persona física del autor.

Hay prestaciones de hacer y de resultado que continúan ligadas, pese a que la obra es una concreción independiente de la actividad y ello porque no es separable de la prestación de servicios intelectuales –literarios, artísticos, científicos– del autor. La profesionalidad difícilmente puede escindirse de quien la practica. La habitualidad –dice De Mita– es la disponibilidad en el mercado para desarrollar una cierta actividad ligada a la propia pericia.<sup>317</sup>

La contraprestación de la actividad profesional está sometida al tipo de retención del 15 por 100 sobre los ingresos íntegros satisfechos (RIRPF art. 88).

En particular tienen la consideración de rendimientos profesionales los obtenidos por los autores o traductores, provenientes de la propiedad intelectual (RIRPF art. 88 2 b) 1ª).

Curiosamente, aunque no sea el lugar adecuado, si lo es la calificación. En efecto, hubiera debido ser la ley antes que la norma reglamentaria la que estableciera, primero, el concepto de profesional, que no lo hace, y, segundo, la naturaleza y clases de rendimientos. Pero, no obstante, la norma reglamentaria ilustra perfectamente sobre la pervivencia de renta del profesional, diferente de la de trabajo personal y de empresa, incorporando como tal, la propiedad intelectual. Lo que pasa es que la descripción es metodológicamente limitativa.

Por un lado, no es posible agotar en el autor o traductor la categoría genérica del titular de derechos de propiedad intelectual que, como se ha visto, es más amplio. La referencia parece exclusivamente dedicada a la obra literaria pura, olvidando las otras manifestaciones de la creación intelectual. Por otro, tampoco se señala la especificidad del profesional respecto al trabajador por cuenta ajena o la organización en forma de empresa.

A la postre, la norma reglamentaria permite que aflore una clase de actividad económica, no diferenciada en la ley, atribuyendo los frutos del trabajo personal autónomo inorgánico, como referente de la propiedad intelectual: la impronta de la persona de quien proceden, con exclusión de la actividad de trabajo dependiente o de producciones industriales que comporten resultados fungibles.<sup>318</sup>

317. DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 1999, p 170: Sería un error creer que el trabajo intelectual culmina en la obra. El escritor, escultor, fotógrafo, músico, cineasta, actúa como tal antes, durante y después de su terminación, sea en la función docente, ensayística, periodística, promocional.

318. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., Op. cit, p 755.

### 9.3.3. La actividad empresarial

El RIRPF explicita la otra posibilidad que atañe al autor como titular de la organización de empresa, concretamente, se refiere al autor o traductor que edita directamente sus obras. De nuevo, cabe ampliar la mención a cualquier actividad del autor, sea o no de obra literaria, que ordene la producción de sus obras de cara al mercado mediante la organización adecuada de los medios económicos, personales y comerciales.

Los rendimientos de empresa que la creación intelectual contribuye a formar no son equivalentes a los derivados del ejercicio profesional.

La organización de la empresa en torno al producto intelectual en el mercado despega al autor de sus derechos patrimoniales que pasan a integrarse, como capital no dinerario, en la forma mercantil elegida. O, inclusive, dinerario si logra movilizar capital en préstamo o crédito con garantía en sus obras, o, mejor dicho, en las expectativas de beneficios de sus derechos de explotación.

El autor transmite a la empresa mercantil el dominio y la utilización de los derechos sobre su obra: la aportación de los derechos de propiedad intelectual se desplazan desde el patrimonio del autor (socio) al patrimonio de la sociedad.

Así, los derechos de propiedad intelectual pueden considerarse derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica (LSA art. 36.1) y, por eso, objeto de aportación social. Todavía más, cuando se trata de derechos que pueden ser motivo de embargo o ejecución hipotecaria.<sup>319</sup>

El autor, a la sazón de socio, recibirá a cambio su participación y los frutos que en su caso derive de la actividad empresarial a modo típico de dividendos o utilidades societarias.

No obstante, la empresa de autor no será nunca absolutamente independiente del autor. En particular, el crédito o reputación de la organización es inseparable del autor y éste no puede disociar a la organización de su propio crédito: el fondo de comercio es un derecho personalísimo del autor, que no de la empresa y, a la vez, ésta sin el fondo de comercio del autor pierde gran parte de su potencial económico. Es dudoso que a lo largo del tiempo pueda la organización construir un fondo de comercio autónomo del autor, mientras que, a la inversa, el autor, tiene a su favor, la facultad de construirse al margen de la empresa o sin su concurso.

La empresa de autor bajo forma societaria tiene por función la actividad económica orgánica de la explotación de la propiedad intelectual. La actividad profesional es una prestación personal inorgánica basada en el despliegue de la energía habitual del autor.

319. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, cit, p 296.  
CHULIÁ F.V., *Introducción*, cit, p 272.

La diferencia inmediata es que los rendimientos empresariales –sometidos a la contabilidad mercantil– no sufren, además, retención, salvo en el reparto de beneficios que se produzcan.

El autor empresario individual, que no lleva contabilidad ordenada, puede configurarse en los términos del trabajador autónomo, a lo que ya se ha hecho referencia.

#### 9.3.4. La Renta Pasiva

El tratamiento de la renta procedente de la propiedad intelectual tiene un presupuesto básico: o se devenga a favor del autor o de persona distinta. Si los rendimientos se dirigen al no autor pueden conformar la retribución de la actividad económica (de empresa) o, en defecto de tal, un fruto (civil) del capital.

Los rendimientos para quien no es autor, al amparo de la legislación sobre propiedad intelectual, es renta pura del capital, en el sentido que están desprendidos de cualquier esfuerzo o participación material de su parte. La renta derivada del bien inmateral y los derechos patrimoniales por otro que no es su autor asimila los ingresos a la calificación de renta pasiva obtenida sin su participación material y carente de estructura económica.<sup>320</sup>

Históricamente, el derecho positivo traza una frontera entre los rendimientos de la propiedad intelectual bajo el dominio (y, en su caso, explotación) del autor y los que se devengan cuando el dominio de las obras pertenece a persona distinta de sus autores.<sup>321</sup>

El autor puede transmitir la propiedad intelectual o constituir sobre la obra derechos patrimoniales con la extensión que la ley y el contrato permite. La transmisión puede ser inter vivos o mortis causa (TRLPI art. 42). En común, la adquisición por persona distinta del autor es siempre derivativa, así como es originaria la del creador intelectual.

En primer lugar, los herederos y legatarios del autor. A los herederos también corresponde, en defecto de disposición distinta de última voluntad, la preservación de los derechos morales al fallecimiento del autor (TRLPI art. 15). Los rendimientos percibidos por la explotación de un tercero de la obra del autor son renta pasiva de los causahabientes.

En segundo lugar, los cesionarios que hubieran adquirido el dominio o los derechos de explotación a título oneroso y carezcan de actividad económica conexa, consiguen un rendimiento, del capital invertido en la adquisición de la propiedad intelectual.

320. ROSEMBUJ, T., *La tributación de los rendimientos del capital mobiliario en España: una reconstrucción crítica*, Quincena Fiscal, enero, 2000.

321. Escuela de Inspección Financiera, *Curso de sistema fiscal español*, Madrid, 1977, p 180.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

En tercer lugar, los acreedores hipotecarios, titulares de embargos, acreedores de créditos de dinero por la cesión de los derechos de explotación, cuando se hubiera emprendido la ejecución forzosa por incumplimiento del autor, y afecten los frutos o productos al cobro de las deudas.

Por último, cabe descartar que la renta por la venta de los derechos de explotación por persona distinta del autor, que no los tuviera afectados a una actividad económica conexas, pueda originar ganancias patrimoniales.

El legislador evita tal calificación, a efectos de retención, como, por otra parte, ha hecho con otras ganancias patrimoniales en la ley, oportunamente incluidas, con igual finalidad, como rendimientos del capital mobiliario.

### 9.4. LA IMPUTACIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En el caso de los rendimientos derivados de la cesión de explotación de los derechos de autor que se devenguen a lo largo de varios años, el contribuyente puede optar por imputar el anticipo a cuenta de los mismos a medida que vayan devengándose los derechos (RIRPF art. 6.3).

La cesión de explotación de los derechos de autor y de invención pueden tener una contraprestación a tanto alzado que es previa y antecedente al devengo, a su derecho a la percepción.

El anticipo a cuenta está divorciado del derecho al ingreso que se origina con posterioridad. Esto implica que debe aguardarse a que se perfeccione el devengo e imputar, en su consecuencia, el anticipo percibido. Esta es la posición de la mejor doctrina: “no puede haber ganancia percibida que no haya sido devengada aún”.<sup>322</sup>

La retribución a tanto alzado al trabajador autónomo, sea autor o inventor, por sus futuros derechos de autor o invención, se imputará en la medida que se devenguen los derechos. Es lo que Jarach denomina utilidad diferida, que consiste en no imputar a un periodo positivo determinado los rendimientos cuyo derecho no ha nacido, “puesto que la ganancia no puede ser considerada como apropiada antes que haya nacido el crédito correspondiente”.

La retribución a tanto alzado del autor o inventor excluye al asalariado, cuyo criterio de imputación es el momento en que los rendimientos son exigibles, refiriéndose, por tanto, al autor o inventor independiente, sea como profesional o empresario civil, sometido a contabilidad fiscal.

---

322. JARACH, D., *Impuesto a las Ganancias*, Bs. As., 1980, p 195.

El legislador confiere al trabajador autónomo la facultad de elegir método de caja o devengo. Si elige lo primero, el anticipo a cuenta queda signado al periodo impositivo de su cobro. En cambio, optando por el segundo, puede distribuir el importe ya cobrado a lo largo del tiempo en que se origine el derecho respectivo a su percepción.

Esta economía de opción que ofrece la norma solo puede referirse al contribuyente que careciendo de contabilidad mercantil desarrolla una actividad por cuenta propia, personal, directa, en la creación intelectual, sea como autor o inventor<sup>323</sup>. Y que, ordinariamente, habrá también hecho su opción por el sistema de caja. De modo que es una excepción al método de imputación de cobros y pagos, permitiendo distribuir la retribución a lo largo del tiempo de generación del respectivo derecho.

## 10. EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial, adquiridos por terceros, deben incluirse en el patrimonio del adquirente por su valor de adquisición, sin perjuicio del recurso al valor contable cuando lleve contabilidad adecuada al Código de Comercio (LIPPF arts. 22 y 11).

La adquisición de los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial se incorporan al patrimonio del comprador.

La diferencia de tratamiento en la valoración del bien inmaterial reside en la cualidad del adquirente. Si éste resulta un empresario cuya contabilidad se ajusta a lo dispuesto en el Código de Comercio el cómputo se realiza por el valor contable. Si, en cambio, el comprador es un sujeto bajo la disciplina de la empresarialidad civil o profe-

323. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., Op. cit, p 86, nota: “De todas formas, nosotros hablamos aquí de autor como sinónimo de –o comprendiendo al- inventor... Por ello y al querer conservar el paralelismo con el supuesto de propiedad intelectual, en relación al cual se habla expresamente en la Ley del IRPF de “autor” utilizaremos este término para abarcar también la referencia al inventor...”.

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

sional (sometido a la contabilidad fiscal), el cálculo se basa en el valor de adquisición, en los términos del LIRPF (arts. 32 y 34).

El valor de adquisición, entonces, predomina cuando el comprador, contribuyente del Impuesto sobre el Patrimonio, no exhibe cualidad de empresa mercantil. Por eso, la adquisición supone la incorporación del derecho en su patrimonio (personal) por el valor de adquisición.

Este concepto no puede sino coincidir con el que significa el IRPF: el importe real satisfecho, incluyendo el coste de las inversiones y mejoras y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, con exclusión de los intereses pagados por el comprador. El valor, en su caso, se reduce en el importe de las amortizaciones. Si la transmisión fuera lucrativa, se aplican a los valores las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El comprador que desempeña una actividad económica ajustada a su naturaleza mercantil y contable adoptará como valor de adquisición el valor contable que resulte. En ese caso hay afectación del derecho a la actividad desarrollada y el valor contable equivale al valor de adquisición.

En el supuesto de adquisición sin ánimo de empresa o profesión del derecho de propiedad intelectual industrial –adquisición derivativa mortis causa o inter vivos– el valor aplicable será el de adquisición.

El valor de adquisición del derecho a título oneroso es algo más que el precio, puesto que es individualizable en el criterio manejado a efectos ganancias patrimoniales en el IRPF (art. 33).<sup>324</sup>

El valor de adquisición de las adquisiciones mortis causa será el de aplicación en el ISD. El adquirente que no aplica el derecho a ninguna otra actividad que la percepción pasiva de sus frutos puede ser el causahabiente, cesionario o acreedor con título de ejecución sobre el mismo.

### 10.1. LAS EXENCIONES

Los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial gozan de exención mientras permanezcan en el patrimonio del autor. Esto también es válido para la obra propia de los artistas.

En caso de la propiedad industrial, además, no deben estar afectos a actividades empresariales (LIRPF art. 4.3 a), 6).

---

324. Contra C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, Op. cit, p 116.

La ratio del beneficio aparece con cierta claridad, aunque literalmente restrictiva.

La exención pretende tutelar el capital humano autónomo de contenido profesional y/o empresarial individual que se expresa en la creación intelectual, artística, científica o de invención.

Los derechos forman parte del patrimonio de la persona física y poseen sustancia económica. El propósito de la exención consiste precisamente en excluir del ámbito del impuesto la propiedad intelectual e industrial que siendo económica no es solamente económica.

El patrimonio del autor o inventor no puede distinguir su frontera entre la obra, la idea, de su energía personal. Por eso, la profesión y/o empresa individual están dentro del patrimonio personal. Hay una prolongación del patrimonio a la persona que lo constituye, desarrolla, con su ejercicio profesional.

Los bienes y derechos derivados de la creación intelectual o industrial gozan del beneficio fiscal en cuanto bienes inmateriales y como producto personal del individuo que hace de ello lo sustantivo de su actividad.

Sin embargo, el tenor literal de la LIPPF puede suscitar dudas.

En efecto, de una primera lectura podría inferirse que los derechos de propiedad intelectual pueden afectarse a una actividad económica y seguir exentos, cosa que no sucede con los de la propiedad industrial que serían gravados cuando se afectan a actividad empresarial.

En verdad, la interpretación no es persuasiva. No parece dentro del sentido de la disposición que pueda extraerse una discriminación escasamente fundada, aún cuando sea literalmente indiscutible.

La exención abarca los derechos de la propiedad intelectual e industrial en su propia consistencia jurídica (bienes inmateriales) y la proyección profesional/empresarial individual del autor o inventor.

La actividad que no se beneficia de la exención es la afectación de los mencionados derechos a la actividad empresarial por el contribuyente. Esto significa que la separación mercantil y contable entre la sociedad o entidad y el autor o inventor producen la sujeción al impuesto, básicamente, porque la obra o la invención y los derechos que les correspondan pasan a integrar el activo de una sociedad mercantil que debe llevar su contabilidad adecuada al Código de Comercio.

Tanto la propiedad intelectual como la industrial es susceptible de afectación a empresa. El matiz es que, como ya se ha dicho, no es lo mismo el trabajo autónomo sometido a contabilidad fiscal que las exigencias contables del empresario mercantil.

La norma veda la afectación de la creación desprendida, como activo intangible, como valor capital en sí mismo, y su explotación económica.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El núcleo es que los derechos permanezcan en el patrimonio de la persona que les da origen, incluyendo, la prestación personal autónoma como fuente de rendimiento, que no sea organizada bajo forma mercantil.

Carecería de fundamento que, por ejemplo estuviera exenta la aportación de la propiedad intelectual a una sociedad y, en cambio, no, la de propiedad industrial.

Del mismo modo, no cabe distinguir entre el ámbito de la exención que cubriría la actividad profesional del autor, que no del inventor. El beneficio fiscal tajantemente, se construye en torno al concepto de patrimonio personal, dentro del cual se integra la actividad profesional y/o empresarial individual, que no tiene atributos de mercantilidad ni comporta la contabilidad adecuada del Código de Comercio.

No es que la disposición impida que los derechos no se encuentren afectos a ningún tipo de actividad económica, como requisito de la exención.

Puede realizarse una actividad económica que no está desprendida de la persona que la lleva a cabo y cuya segregación de su patrimonio no se produce: la profesión y/o empresa de autor o inventor.<sup>325</sup>

La exención del autor-inventor profesional/empresario individual resulta fijada, con carácter general por el IP (art. 4.8.1).

La exención de los bienes, materiales o inmateriales, para el desarrollo de la actividad profesional-empresarial, en forma habitual, personal y directa, constituyendo su fuente principal de renta, permite incorporar esas actuaciones disueltas en el patrimonio personal del contribuyente. Los bienes o derechos necesarios a la profesión o empresa individual no son equivalentes a los elementos patrimoniales afectos a la actividad de empresa mercantil: Y esta exclusión sirve para ratificar que la limitación del beneficio fiscal ex derecho de propiedad industrial (e intelectual) solo se refiere a la empresa mercantil sujeta a la contabilidad del Código de Comercio.

---

325. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *Art. 11 IP Derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial*, p 1946 y sigts. en Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, cit., Sostiene el autor que "...permaneciendo en el patrimonio del autor las patentes, marcas y modelos de utilidad, si éstas se hallan afectas al ejercicio de una actividad empresarial sí tributarán, al no quedar incluidas dentro del supuesto de la exención". A lo que añadido, que la afectación también comprende la propiedad intelectual y su aportación a una entidad mercantil. Y continua el autor "Si por el contrario permaneciesen en el patrimonio del autor, aún encontrándose afectas a una actividad profesional, estarán exentas al haberse excluido tal supuesto expresamente por el legislador". A lo cual añadido, esta también vale para la propiedad intelectual y profesión/empresa individual que van juntas.

## **11.** EL IVA Y LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS

Son prestaciones de servicios las cesiones y concesiones de derechos de autor, licencias, patentes, marcas de fábrica y comerciales y demás derechos de propiedad intelectual e industrial (LIVA art. 11.4º).

Asimismo, los productos informáticos específicos elaborados previo encargo del cliente (LIVA art. 11.16º).

El IVA grava la propiedad intelectual e industrial en cualquiera de sus manifestaciones, sea sujeto pasivo el autor o inventor o no, siempre que reúna los requisitos de cumplir actividad empresarial o profesional.

Y el límite no es solo el derecho propietario, sino que comprende, también, la cesión de procedimientos de Know-how aunque no estén amparados por el dominio pleno, sino la posesión (LIVA art. 70.5º f)).

Los presupuestos de hecho consisten en:

La cesión y concesión de los derechos (de explotación) de autor o el aprovechamiento patrimonial de la obra en cualquiera de sus manifestaciones, sea por el creador o un tercero. Hay, no obstante, la excepción que afecta la obra/programa de ordenador de autor asalariado (TRLPI art. 51.2) que, en sentido estricto, es una operación no sujeta al IVA puesto que cabe entenderlo como un servicio prestado en el marco de la relación de trabajo dependiente (LIVA art. 7.5º).

La cesión de la patente, la transmisión de la titularidad, o la concesión de licencias de explotación, sean o no exclusivas. En este aspecto también conviene deslindar la no sujeción de la invención laboral en el trabajo (LP art. 15.1).

La cesión o concesión de marcas de fábrica y comerciales, indicándose en el IVA la diferencia propia de la legislación francesa, que no concurre en el derecho de marcas español. Y, asimismo, la cesión o concesión de nombre comercial u otros signos distintivos.

Por último, la referencia residual a los demás derechos de propiedad intelectual e industrial permiten considerar como prestación de servicios los supuestos así contemplados en la propia norma material o los contratos que puedan vehicular algunos de sus institutos, tales como la franquicia o la transferencia de asistencia tecnológica (show how).

Las prestaciones de servicios se producen, en modo ordinario, en el marco de una actividad de empresa mercantil o de profesión o empresa civil.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

El autor/inventor que es titular de un bien inmaterial y que aspira a la obtención de una ventaja patrimonial de su obra o idea, sin perjuicio que la consiga o no, ventaja acotada, en términos generales, por su temporalidad. No hay derechos de autor/invencción perpetuos, salvada las distancias legales de su explotación, adecuada a la respectiva creación intelectual.

El IVA reputa empresario o profesional a quien realiza una o varias prestaciones de servicios que suponen la explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo (LIVA art. 5 c)).

Alguna doctrina sostiene, en este sentido, que la transmisión de forma definitiva de un bien inmaterial –v.g. la patente- a cambio de una cantidad fija no supone la sujeción, en ausencia de ingresos continuados en el tiempo.<sup>326</sup>

El espíritu de la norma reside en gravar los arrendamientos como fuente regular de ingresos a lo largo de un lapso de tiempo.

Así, las licencias de patentes o la concesión de los derechos de autor a cambio de una contraprestación periódica (contra C.E. 20-10-2000, la cesión de patente está sujeta, cualquiera sea la forma de contraprestación).

La sustancia del derecho de explotación económica de propiedad intelectual no es equivalente al de propiedad industrial. En efecto, así como la cesión de patente puede establecer la clara titularidad del cesionario respecto a su dominio, ello no se produce en términos análogos con la cesión del derecho de autor el cual siempre supondrá una transmisión del derecho de uso o disfrute del mismo. La cesión del derecho de autor tiene una naturaleza próxima a la licencia de patente.<sup>327</sup>

Esto conlleva, respecto a la cesión definitiva de patente, una diferencia esencial: la transmisión del derecho de autor supone, en cualquier caso, una fuente de ingreso continuado en el tiempo, por lo cual siempre quedará sujeta al IVA.

La aportación no dineraria del derecho de propiedad intelectual o industrial a sociedades o cualquier tipo de entidad no es calificada como prestación de servicios, sino como entrega de bienes (LIVA art. 8º 2º). Ello incluye, asimismo, la transmisión de know how en el sentido indicado; programas de ordenador y, en general, cualquier otro bien inmaterial susceptible de valoración económica.

La disciplina singular de los derechos de propiedad intelectual e industrial no corrigen la vis atractiva de la que se aplica al fondo de comercio, salvo que la cesión o concesión formalice expresamente su especificación por separado.

En consecuencia, la sujeción del fondo de comercio, en sus distintos fundamentos, sea comerciante o empresario mercantil, profesional o trabajador autónomo civil, o

326. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., Op. cit, p 126.

327. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 70.

sujeto pasivo sometido a regímenes especiales, predica la inclusión de los bienes inmateriales singulares en el más amplio fondo de comercio.

Al mismo tiempo, el IVA se aplica al sujeto pasivo con contabilidad mercantil y al expuesto en la contabilidad fiscal, mientras que no será operativo con referencia al sujeto pasivo a los regímenes especiales IVA, sino al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

El IVA será exigible en presencia de una transmisión de fondo de comercio o de su aportación societaria, salvo que se trate de una operación parcial en la que se excluyan expresamente los derechos de explotación del autor o inventor. En ese caso, la sujeción de la operación al IVA resultará de su individualización separada.

Los programas de ordenador son entregas de bienes cuando se producen en serie, normalizados y, en cambio, se califican como prestación de servicios cuando su producción es resultado del previo encargo del cliente, programas de ordenador específicos; o requieren cambios sustanciales para su uso (LIVA 8.7; 11.16 dos).

A mayor abundamiento, no es prestación de servicio aquella operación realizada por el usuario para la utilización del programa de ordenador, aún cuando puedan suponer corrección de errores, interoperabilidad o actos que no excedan la explotación normal del programa (TRLPI art. 100).

No es tan simple como parece la distinción entre productos informáticos normalizados, entregas de bienes, y específicos, prestaciones de servicios.

La transmisión del poder de disposición sobre el bien corporal define el supuesto de la entrega de bienes. Por tanto, no se daría dicho caso cuando se verifique la concesión o licencia de uso o disfrute del bien que puede identificarse como prestación de servicios, arrendamiento de bienes.

Los productos informáticos, sean normalizados o específicos, pueden requerir adaptaciones para su aplicación. Las adaptaciones de los productos específicos se liga a las prestaciones de servicios. Pero, es más compleja la respuesta cuando se refiere a adaptaciones de productos normalizados. Por un lado hay una entrega de bien; y, por otro, una adaptación específica al cliente que origina una contraprestación por el servicio específico que implica. Hay, en suma, una contraprestación dividida en dos partes: una por la entrega de bien corporal y otra por la adecuación específica al cliente.

La clave de la diferencia radica en la utilización indistinta por cualquier consumidor final o su adaptación o transformación conforme a determinada especialidad del cliente o que sean objeto de modificaciones sustanciales.

La transmisión de productos normalizados, finalmente, no siempre puede concebirse como entrega de bien. Hay casos en que, aún en esa condición, revisten el carácter de prestación de servicios.

Por ejemplo, la transmisión sin soporte por vía telemática o en el marco de la propiedad intelectual cuando el autor del programa de ordenador cede sus derechos de

---

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

---

explotación a un tercero empresario. La cesión del derecho de autor, aún de un programa normalizado, solo puede calificarse como prestación de servicios (TRLPI art. 99).

La cesión o concesión de signos distintivos está sujeta al IVA, así como su aportación dineraria a sociedad o entidad. También aquí es preceptivo considerar la vis atractiva del fondo de comercio y la asociación a su vicisitud jurídica, a menos que se discrimine en su especificidad, al momento de la realización del acto, negocio jurídico o contrato.

### 11.1. LOCALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS INTERNACIONALES

Los servicios se consideran prestados en el lugar donde está situada la sede de la actividad económica de quién los presta. Sin embargo, la regla especial que aquí interesa establece que se consideran prestados en España los servicios que tienen por destinatario a un empresario o profesional y radique en el territorio la sede de su actividad económica o en tenga en el mismo su establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio.

Los servicios a los que se aplica son los siguientes:

- Las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica o comerciales y demás derechos de la propiedad intelectual o industrial, así como cualesquiera otros derechos similares.
- El tratamiento de datos y el suministro de información, incluso los procedimientos y experiencias de carácter comercial (LIVA art. 70.1.5º a), e f).

No se consideran realizados los servicios se prestan por un empresario o profesional residente a otro de la CE o a una persona establecida fuera de la CEE. Sin embargo, cuando el destinatario no es empresario o profesional y está domiciliado en otro Estado miembro, se entienden prestados en el territorio de aplicación.

#### **1º El empresario o profesional en España y el destinatario en un Estado CE**

La operación imponible no se grava en España siempre que se realice a favor de un sujeto pasivo IVA del otro Estado. En cambio, si el destinatario no está sujeto al IVA la operación se grava en España.

**2º El destinatario está en España y el empresario o profesional en un Estado CE**

Cuando el destinatario es sujeto pasivo soporta el IVA por la operación que realiza. En cambio, si no está sujeto al IVA, la operación se grava en el lugar donde está el prestador, que no es España.

**3º El empresario o profesional está en España y el destinatario fuera de un Estado CE**

En este caso la operación imponible queda fuera del IVA en España.

**4º El destinatario está en España y el empresario o profesional fuera de un Estado CE**

La operación imponible se grava en España, sea el destinatario sujeto pasivo o no del IVA.

## **12. LAS TRANSMISIONES PATRIMONIALES**

Las transmisiones onerosas que integren el patrimonio personal de las personas físicas o jurídicas integran el hecho imponible del concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TRITPAJD art. 7.1.A).

Aquellas transmisiones patrimoniales onerosas entre particulares, que están excluidas del régimen general del IVA, son susceptibles de gravamen en el ITPAJD.

En primer lugar, la transmisión de los derechos de propiedad intelectual e industrial utilizados exclusivamente en las actividades de las personas físicas sometidas a regímenes especiales del IVA, porque están diluidos en su patrimonio personal y ello les habilita al tráfico jurídico patrimonial oneroso entre particulares. Básicamente, el patrimonio empresarial, en su caso, es inseparable del personal del contribuyente.

En segundo lugar, la transmisión de los mencionados derechos por persona distinta del autor o inventor y que no están dedicados a actividad empresarial o profesional

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

alguna. Por ejemplo, como afirma López Espadafor, la transmisión a título oneroso de una patente por un heredero a cambio de una cantidad fija.<sup>328</sup>

En tercer lugar, la constitución de usufructo, hipoteca mobiliaria, opciones, que no sean practicadas en ejercicio de empresa o profesión.

### 13. AMORTIZACIONES DEL INMOVILIZADO INMATERIAL

La amortización del inmovilizado inmaterial es un gasto deducible porque corresponde a la depreciación efectiva que sufren los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia (LIS art. 11)

El inmovilizado inmaterial es el conjunto de elementos patrimoniales intangibles (bienes inmateriales) constituidos por derechos o hechos susceptibles de valoración económica.

El principio de valoración es el precio de adquisición o coste de producción según se trate de adquisiciones a terceros o de trabajos realizados en la organización para y por sí misma.

El inmovilizado inmaterial inicia la amortización cuando está en condiciones de producir ingresos. La vida útil esperada, en palabras de Cañibano, se identifica con el periodo durante el que se estima obtendrán beneficios en el futuro ...”nadie estaría dispuesta a dar nada por un activo inmaterial incapaz de producir beneficios”.<sup>329</sup>

Hay una particularidad el activo inmaterial que evidentemente condiciona la amortización y que consiste en la condición de incertidumbre que rodea su duración y la influencia que sobre su valor ejerce la ocasión, el momento, el acontecimiento, que lleven a su inmediato demérito o, al contrario, a su apreciación.

Y esto afecta no solo al fondo de comercio, sino a cualquier activo inmaterial –poseedorio o propietario- permeado por la aleatoriedad futura. En suma, la vida útil esperada

328. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., Op. cit, p 141.

329. CAÑIBANO, L., *Contabilidad*, cit, p 255.

está expuesta a la imprevista maduración negativa (envilecimiento) o positiva (incremento patrimonial), de periodo en periodo.

El fondo de comercio, como ya se dijo, es amortizable cuando se ha puesto de manifiesto por una adquisición a título oneroso y que la transacción no se haya realizado entre entidades vinculadas en el sentido del artículo 42.1 del Código de comercio. Esto último limita la oportunidad de aprovechamiento fiscal exclusivo del gasto amortizable en el interior del conjunto vinculado; a menos que el vendedor del conjunto vinculado lo hubiera adquirido onerosamente a un tercero no vinculado.

La dotación amortizable del fondo de comercio es deducible con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe.

Los derechos de traspaso y las marcas pueden amortizarse con el límite anual máximo de la décima parte de su importe y con los mismos requisitos indicados para el fondo de comercio (LIS art. 11.5). Si el contrato de arrendamiento o la vida de la marca fuese inferior a los diez años prevalecerá como límite anual máximo amortizable.

Algunos derechos protegidos, tales como las marcas, sufren el deterioro de su vida económica como cualquier otro activo. Pero, el método de amortización sugerido no es el periódico o anual, sino la depreciación por causas esporádicas, que proveen a la disminución de su mérito económico —v.g. cambios de estilos, de modas, de gustos— o a su aprecio.

La amortización de derechos permanentes, como afirma Delgado, no parece verse influida por el factor temporal.<sup>330</sup>

Por lo tanto, aquí también puede confrontarse, como en el fondo de comercio, la oportunidad del valor o desvalor anual. “Las marcas pueden morir con el producto si están tan identificadas que no puedan reutilizarse. También pueden ser mal utilizadas o vinculadas a productos de pobre calidad y degradadas. Está claro, para nosotros, que no son eternas”.<sup>331</sup>

No son eternas, sino permanentes y su depreciación puede responder a circunstancias imprevisibles o inesperadas. La amortización está ligada a su capacidad de generar beneficios y si ésta desaparece, provisional o definitivamente, altera la periodicidad del gasto o, mejor dicho, su utilidad económica. La amortización de estos derechos está más próxima a su contraste anual de valor con el valor razonable de mercado, que a la distribución plurianual del gasto predeterminado. Bien es cierto, que siempre queda la cláusula residual (LIS art. 11.4) para dotar la amortización “si se prueba que responden a una depreciación irreversible del mismo”. Esto es particularmente aplicable cuando

330. DELGADO GÓMEZ, A., Op. cit, p 155.

331. SMITH, G-PARR, R.L., Op. cit, 299.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

hay gastos en publicidad coexistentes con la marca (brand) “que constituyen verdaderas inversiones” (Moreno Cerezo), sin cuya realización la marca seguramente no sobrevive. La depreciación ocurre esporádicamente, ejercicio a ejercicio, atendiendo con exclusividad la prueba puntual de la pérdida total o parcial del valor del intangible.

Cualquier otro elemento del inmovilizado inmaterial, que no sea el fondo de comercio, derechos de traspaso o marcas, que hubiera sido adquirido a título oneroso y sin que haya operación vinculada, puede amortizarse con el límite máximo anual de la décima parte de su importe, siempre que no tengan fecha cierta de extinción.

La fecha cierta de extinción del intangible no hace mención, obviamente, a la norma contable de vida útil, sino a su tiempo jurídico de existencia conforme al ejercicio del poder otorgado por la ley al contribuyente.

La perspectiva jurídica del tiempo (de vida) del intangible es un dato relevante en la posibilidad concedida de amortización. Y la certidumbre de la fecha solo puede derivar del documento formal, público o privado, que sirva para su acreditación y prueba: un documento donde se establece en modo cierto la existencia del intangible hasta su extinción. A ello se pliega el legislador, limitando, a la vez, la perennidad del elemento inmaterial, salvo que en el decurso de esa existencia se produjera una depreciación de valor irreversible.

La fecha cierta de extinción en documento idóneo promueve el reconocimiento de la voluntad del contribuyente en la fijación del factor temporal del derecho o hecho adquirido.

En concreto, la propiedad industrial o intelectual, la posesión del secreto, las aplicaciones informáticas, que recoge el importe satisfecho por la propiedad o por el derecho de uso de los programas, el capital humano, los intangibles reales.

La fecha cierta de extinción se sobrepone al límite genérico de la ley, facultando al contribuyente a distribuir el coste o valor de adquisición del intangible entre el número de años o periodos de vigencia hasta su extinción. Es un caso en el que el documento jurídico sirve de fuente para la amortización periódica, lineal, porque, “el factor tiempo es el único que resulta determinante”.<sup>332</sup>

El tiempo de la amortización se convierte en una actividad definida, puntual, excepto situaciones sobrevenidas, dirigido a su realización. A diferencia de las situaciones previas indefinidas, pese al tiempo legal, tales como las relativas al fondo de comercio o las marcas; aquí se produce la actividad recurrente porque la situación ha sido previamente definida en el tiempo. Esto mismo resulta del contrato de derecho de traspaso cuando su duración es inferior a diez años.

332. DELGADO GÓMEZ, A., cit, p 153.

En suma, la valoración jurídica prospectiva del futuro, plasmada en el tiempo de existencia del intangible, sirve de base para la realización del efecto amortizador. Ello no obsta para que el tiempo del particular no produzca sus efectos previstos ante la depreciación irreversible de los elementos inmateriales, exactamente como sucede cuando prevalece el tiempo legal de vida. La diferencia consiste en que la fecha legal de extinción es una condición cierta motivada por el interés fiscal para evitar o limitar la pérdida de recaudación y la fecha privada de extinción es una condición basada en la incertidumbre del esquema de hecho que le sirve de base: no hay plazo sino futuro incierto.

El periodo de amortización es el tiempo jurídico de existencia del activo inmaterial, Y, en la línea ya expuesta, caben dos situaciones jurídicas.

Primero, una situación jurídica futura ilimitada o indefinida, sometida a conclusión incierta (condición incierta).

Segundo, una situación jurídica futura, definida o limitada, sujeta a plazo o término (condición cierta).

La amortización bajo condición incierta excluye “por su naturaleza cualquier actividad puntual dirigida a realizarla”.<sup>333</sup>

No hay lugar para una realización periódica, regular, recurrente, porque la situación está dominada por la incertidumbre sobre el evento futuro, concretamente, la extinción. Es lo que Carnelutti denomina condición en sentido estricto o condición incierta.<sup>334</sup>

La amortización bajo condición cierta es una situación definida en el tiempo, determinada, que da lugar a un hecho temporal definido, que se realiza mediante actividad puntual, periódica, recurrente.

Es lo que Carnelutti subraya como condición cierta, sometida a plazo de extinción.

La amortización aplicable a aquellos bienes inmateriales dominados por la condición incierta es la que funda los criterios de libre amortización, libertad de amortización, planes de amortización (si fueran actos de consenso).

La amortización que resulta para aquellos bienes inmateriales dominados por la condición cierta –fecha cierta de extinción–, es la que puede proveer el mecanismo de la tablas oficiales, la amortización lineal, tratándose de situaciones futuras de final cierto.

La libertad de amortización es un incentivo fiscal mediante el cual se logra el diferimiento del impuesto o el aplazamiento de la carga tributaria. En la práctica ...”lo normal es que este mecanismo se utilice para acelerar las amortizaciones y no para poster-

333. FALZEA, A., *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, 1970, p 317.

334. CARNELUTTI, E., *Teoria*, cit, p 317.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

garlas, puesto esto último comportaría ...el efecto contrario, es decir un anticipo del impuesto”.<sup>335</sup>

La libertad de amortización es una ventaja fiscal que corresponde a los elementos del inmovilizado inmaterial y material afectos a las actividades de investigación y desarrollo y asimismo a los gastos de igual naturaleza activados como inmovilizado inmaterial, excluidas las amortizaciones de los elementos que disfruten de libertad de amortización. Los edificios afectos a la investigación y desarrollo son amortizables en la parte en que lo estén en diez años y por partes iguales.

Las cantidades imputadas a la libertad de amortización incrementan la base imponible con ocasión de la amortización o transmisión de los elementos que se benefician con la misma.

La amortización supone la baja de la contabilidad de los gastos activados. Si el I+D significa un éxito técnico, porque se obtiene la patente, la “activación se realizará por el importe de los gastos de desarrollo imputables a tales derechos que estén pendientes de amortización...” (ICAC 21-01-1992). Las cantidades imputadas a libertad de amortización equivalen a los gastos activados integrados en la base imponible cuando se da de baja el bien, o sea, será el valor fiscal de la patente.<sup>336</sup>

En cambio, si hay lugar a fracaso técnico, la baja contable de los gastos activados producirá la pérdida de valor del bien.

En cuanto a la transmisión a terceros de elementos que disfrutaron de la misma implica regularizar la amortización practicada con la que hubiera correspondido técnicamente por su depreciación efectiva y bajo el método apropiado. También puede comprender el bien único de I+D, sea como éxito técnico no patentado o fracaso técnico imposible de hacerlo, incrementando la base imponible con la contraprestación que resulte de la transmisión.

La LIS provee un doble estímulo fiscal para el I+D. Por una parte, la deducción de los gastos efectuados de la cuota del impuesto y, por otra, la libertad de amortización, en su caso. El doble estímulo permite, al mismo tiempo, financiar la actividad mediante el diferimiento de pago del IS y un crédito fiscal que minorará la deuda tributaria a pagar.<sup>337</sup>

El importe satisfecho por la compra del derecho de uso de programas informáticos es deducible con el límite anual máximo de la décima parte cuando tiene plazo ilimita-

335. ANDRES AUCEJO, E., *La Amortización*, cit, p 520.

336. MALVAREZ PASCUAL, L.A., *La nueva regulación del impuesto sobre sociedades I*, Madrid, 1996, p 248.

337. LAORDEN, J.-ARQUES, J., *Comentarios*, cit, p 386; PONT MESTRES, M.-PONT CLEMENTE, J.F., *Op. cit*, p 91.

do. Al contrario, si hay fecha cierta de extinción, el precio de adquisición se imputa en el plazo de duración de la cesión (DGT 1-10-1996). No obstante, las tablas de amortización mediante coeficientes anuales son aplicables al precio de adquisición de la titularidad del derecho de explotación de programas de ordenador, con un periodo máximo de amortización de 6 años.

Hay una brecha en la ortodoxia contable producida por la norma tributaria, que supone la consideración del fondo de comercio interno y otros bienes inmateriales como activo intangible aunque no resulten de una adquisición onerosa o se verifiquen en el interior de un conjunto vinculado. Esta brecha (LIS art. 11.5) se resume en que pueden deducirse las amortizaciones que les afecten, a pacto que se pruebe que responden a “una depreciación irreversible”.

En consecuencia, pueden ser objeto de amortización libre los bienes inmateriales que no derivan de una adquisición onerosa, de condición incierta, sometidos a prueba de depreciación irreversible. Si hay facultad de amortización del bien significa que puede capitalizarse y aparecer en las cuentas aunque no sea cierta su existencia plurianual, más allá del cierre del ejercicio.

El gasto amortizable es el efecto de una disminución de valor del bien y no cabe hablar de amortización máxima ni mínima. “Cada ejercicio soporta la correspondiente a la depreciación efectiva del elemento de que se trate, cuyo valor neto contable siempre será reflejo de su valor real”.<sup>338</sup>

La depreciación irreversible es la pérdida de un bien destinado a perdurar más allá del año, pero que se cristaliza en un momento del tiempo determinado impidiendo que pueda desplazarse la amortización de uno a otro ejercicio, en base a la autonomía de los periodos impositivos.

Pero que sea irreversible en un periodo no implica que pueda recuperar su valor en el siguiente: son costes plurianuales dirigidos a la generación de ingresos futuros, más allá del ejercicio.

Si así no fuera, no cabría la referencia a la amortización, sino a la provisión en su carácter de gasto deducible por pérdida de activo reversible. Ello llevaría a que se compute la recuperación de valor sucesiva como ingreso en el periodo que se verifica.

La irreversibilidad de la depreciación del inmovilizado inmaterial no supone un estado distinto en los ejercicios posteriores, dentro de su tiempo jurídico de existencia, y sin que ello produzca el efecto de la provisión.

La diferencia de naturaleza entre la depreciación irreversible o la pérdida reversible tiene que ver con el tiempo jurídico de existencia del activo.

338. DELGADO GOMEZ, A., cit.

## LA FISCALIDAD DEL CAPITAL INTELECTUAL

La amortización recoge que sus efectos positivos para la actividad tienen un final, si bien sometido a condición incierta. La provisión, en cambio, no implica que haya una situación jurídica del bien que cesará en un momento en particular.

La recuperación de valor del bien amortizable no significa que la pérdida precedente fuera reversible, sino, la mera constatación que el valor de reemplazo debe tomarse no tanto en cada uno de sus segmentos temporales; sino en la totalidad de su existencia. A la depreciación irreversible del ejercicio siguen “incrementos de valor muy importantes y por causas muy diversas, y de modo especial por apreciaciones de tipo comercial, lugar de emplazamiento, prestigio, etc.”.<sup>339</sup>

En suma, la amortización libre del fondo de comercio interno y los bienes inmateriales supone el reconocimiento fiscal del capital inmaterial no adquirido a terceros y, más importante, aún, por esta vía de reconocimiento indirecto se llega a valores amortizables de bienes identificables, transferibles, mensurables.

La irreversibilidad delata la plurianualidad, con vistas a la eventual utilidad diferida del capital inmaterial: es lo que no puede recuperarse en el ejercicio de que se trata, con respecto al pasado. Pero, que ello sea, no entraña la recuperación hacia delante. La amortización libre no encierra punto y final. La medición del intangible, es sabido, adolece de perfección: una marca puede desvanecerse en el mercado por un rumor; el prestigio o crédito de la organización se puede diluir por cualquier circunstancia y todo momento.

La diferencia entre amortización y provisión radica en el conocimiento del sí y el cuando: la primera es una condición y la segunda presupone que es reversible desde el mismo instante que se adopta. La provisión asegura que la recuperación de valor se producirá y la amortización denota quizá. Pero, como ya se dijo, la valoración del gasto como provisión o amortización es una declaración de voluntad, que no de ciencia, y por lo tanto, en base a la ley, puede el sujeto económico efectuar sus opciones.

La provisión envuelve el convencimiento del retorno del valor de bien; mientras que en la amortización esa certitud no es evidente; con el matiz expuesto respecto a las provisiones que enuncian otra finalidad (libros, audiovisuales).

La lectura de la norma tributaria reclama para el inmovilizado inmaterial interno, autogenerado, la deducción de la dotación amortizable justificando la depreciación irreversible de ejercicio, teniendo en cuenta su utilidad diferida, aunque incierta, en el tiempo. Y esto, junto con los gastos de primer establecimiento, el fondo de comercio financiero coadyuva a un grado de reconocimiento legal del capital intelectual interno de la organización. O dicho en otros términos: si así no fuera, no cabe

339. MORENO CEREZO, F., Op. cit, p 86.

referencia a la amortización, sino a la provisión, como, por otra parte, se hace en derecho comparado.

La depreciación del fondo de comercio, en Francia, da lugar a la constitución de provisiones (CGI 38.6, III). Y, lo mismo se deriva de la norma contable (RICAC 21-01-1992, 10.2.1ª que dice: debe dotarse una provisión para atribuir el inferior valor de mercado al cierre de ejercicio, siempre que el valor contable del activo inmaterial no sea recuperable por la generación de ingresos suficientes para cubrir todos los costes y gastos, incluida la amortización.

Hay una asimetría valorativa entre los efectos de la recuperación o reestablecimiento de valor del activo intangible, según se trate de una amortización o de una provisión.

El efecto de la provisión, como se vio, convierte la reevaluación en ingreso computable en la base del impuesto; hecho que no ocurre con el bien amortizable.

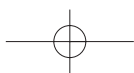
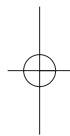
La reevaluación del bien inmaterial, contrastado por su valor de mercado, cambios en el periodo, mejora en la utilización del inmovilizado, las causas externas e internas de la IAS 36, en suma; conduce a un mejoramiento, en lugar de empeoramiento, de la utilidad diferida que se confía obtener.

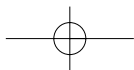
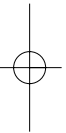
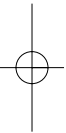
Esto significaría que el mayor valor madurado, aunque no realizado, fuera de algún modo contemplado por la norma tributaria. De admitirse la deducción de la amortización libre de un coste plurianual; no parece temerario defender la recuperación de valor sucesivo como materia imponible, aún cuando no hubiera sido enajenada onerosamente, por su valor ordinario (fair value).

La plusvalía madurada del activo daría origen a un gasto amortizable no deducible, cuyo importe se sumaría como ajuste fiscal positivo al resultado contable.

El “mark-to-market” de los derivados financieros aplicado a la conclusión incierta de la vida de determinada clase de intangibles.

TERCERA PARTE  
EL CAPITAL HUMANO





## 1. EL CAPITAL HUMANO

El capital humano, en la lograda metáfora de Edvinsson, es aquel que pasa cada noche fuera de la empresa. Es un activo particular puesto que no puede ser objeto de propiedad y transmitido, en cuanto tal y cuyo control o dirección dura lo que la persona permanezca en la relación laboral.

“Los trabajadores pueden irse en cualquier momento y llevarse su conocimiento y competencia con ellos”.<sup>340</sup>

El activo, por definición, solicita que sea identificable y controlado; su coste debe ser fiablemente medido y que sea probable como fuente de beneficios económicos. En otro caso, será un gasto. El capital humano es ordinariamente considerado como gasto.<sup>341</sup>

El capital (monetario) es la anticipación de la energía consumida por el trabajador en el proceso productivo. O sea, un fondo salarial dirigido a la retribución del capital humano antes que el producto sea completado.

A mayor productividad y valor añadido –fruto– del trabajo, más retorno del capital monetario empleado.

La formación, experiencia, conocimiento de la mano de obra empleada y los recursos de entrenamiento, incentivos, la cultura del trabajo en la organización implican la creación de valor y beneficio mediante el activo (inmaterial) humano.

El capital humano no supone la propiedad de la organización, lo cual le asimilaría a la esclavitud, pero, si la coposesión entre ambos del resultado, de la cosa, del fruto que se obtiene. Es un capital puesto en precario a disposición de la organización y sin el cual ésta no puede sobrevivir.

340. BROOKINGS, Op. cit, p 39.

341. LEV, B., Op. cit, p 74.

La precariedad, entendida como señorío sin derecho de propiedad, lleva a profundizar en su adquisición, conservación, eliminación en términos de creación de valor, superior al coste que supone.

“La gente son una forma única de activo. Ella posee su propio capital personal que pueden retirar de la organización en cualquier momento. Sin embargo, puede hacerse atractivo para ella unirse y quedarse, usando el capital para beneficio de la organización y al mismo tiempo añadiendo valor a ella misma”.<sup>342</sup>

La base del capital de cada persona es su conocimiento y competencia. Esto puede desarrollarse en la formación y educación o en la experiencia.

El capital de la persona que entra en posesión de la organización puede enriquecerse o empobrecerse. Y no depende del coste salarial, sino de muchos otros factores: la dedicación de recursos de la empresa a la mejora y crecimiento del conocimiento tácito colectivo; la organización social del trabajo y la cultura de la organización.

El capital humano individual creando valor, se valoriza y hace lo mismo con el capital intelectual de la organización en la que está.

La diferencia perceptible entre el capital humano y las demás formas de capital consiste en que fuera de la organización pierde su principal valor. Ello no supone que el capital humano desempleado carezca de valor de capital, puesto que lo que sirve a la persona no desaparece, sino, que su desposesión implica la pérdida de (fruto) rendimiento y, consecuentemente, su disminución patrimonial.

Es un activo subordinado, tanto o más que la máquina que le sirve de equivalente, puesto que sin retribución de su resultado destruye su propia aptitud de capital personal y colectivo.

El paro o la descapitalización en la competencia suponen el naufragio del capital individual, porque al ser infructífero deprecia aceleradamente su conservación y recuperación.

De aquí deriva la importancia de establecer el ámbito del capital humano y su medida, puesto que su calidad condiciona la de la organización a la que pertenece y su mejora conduce a un mayor valor de la misma.

El salario, en suma, es el coste de conservación de la máquina humana. Pero, no es un dato exhaustivo para la relación copositoria que se instaura entre la persona y la organización.

342. MAYO, A., Op. cit, p 37.

## EL CAPITAL HUMANO

La inversión en el desarrollo de la formación, competencia, capacidad del empleado es una parte de mejora en el capital, que supera la retribución salarial de mantenimiento, que debe seguir el cauce de la capitalización.

A su vez, la participación del trabajo en el gobierno, investigación y desarrollo, nuevos procedimientos, invenciones laborales no encargadas específicamente, son contribuciones netas del trabajador al capital organizativo.

El capital humano, entonces, acepta un valor que es más que el salario, siempre que su consideración resida en la calificación como activo inmaterial, total o parcialmente, amortizable, en función de su educación, experiencia, capacidad. La mejora del capital como fuente de productividad y beneficio económico.

La expresión productivista del capital humano, solo valioso dentro de la organización y padeciendo fuera su desvalor; no significa, sino al contrario, la desatención del capital humano improductivo, básicamente, el anciano o el incapacitado.

La promoción del anciano y el inválido, que no asisten al sistema productivo, comporta un cambio cualitativo en la protección y tutela.

La jubilación o la incapacidad señalan la transformación social del capital humano. Son infraestructuras que deben aprovechar al conjunto de la sociedad, a la cual contribuyeron en su riqueza cultural, y que, en consecuencia, meritan su consideración como patrimonio humano –capital acumulado– que debe atenderse y preservarse. Y ello no solo por obvias razones de solidaridad, sino de continuidad en la transmisión y acrecimiento de conocimiento transmisible.

El anciano o el disminuido son activos ya no personales, sino sociales y atesoran lo mejor del pasado, la memoria, para su proyección a los actuales y futuros trabajadores que les siguen. La conservación y mantenimiento del patrimonio (humano) histórico es la deuda de la sociedad y del Estado, y, también, de la propia organización económica privada: las infraestructuras no se pierden, se mejoran, renuevan, adaptan y las personas portadoras de su capital son los factores que las construyen. Es lógico, entonces, que el capital se patrimonialice, individual y socialmente, con mayor justificación que el patrimonio histórico, artístico o museístico del país.

### 1.1. EL CAPITAL HUMANO COMO ACTIVO

El capital humano en la empresa puede considerarse un activo intangible, una parte destacada del capital intelectual de la organización. La productividad del trabajo es un intangible que aumenta la cadena de valor creado en la empresa.

De modo que esa suma de capital que alimenta el capital total no puede medirse solo en términos de salario, sino de algo más: en particular la creación de valor en la

empresa por el conocimiento tácito colectivo tiene un significado propio y particular.

Y este valor se degrada cuando no se manifiesta en la empresa, y no es igual a la minusvalía que afecta al capital en cualquiera de sus formas, sea mobiliario, inmobiliario, profesional, sometido a las vicisitudes del mercado.

La diferencia es que, en ausencia de empleo, el capital humano del trabajador queda a la intemperie, hasta que reencuentra su sitio en el mercado.

Por eso, a título de disgresión, en el subsidio de desempleo y otras ayudas al capital humano en paro, no pueden someterse a gravamen, ya que son un elemento de conservación del trabajador, atendiendo su mera subsistencia. Y, a la vez, la formación continuada, durante ese período, debe conceptuarse como la conservación del capital humano en si mismo, y, por tanto, amortizable.

## 1.2. CONCEPTO ECONÓMICO

Por capital humano se entiende, en la expresión recogida por Breña Ruz-García Martín, el valor capitalizado de las ganancias que una persona espera obtener en el futuro como consecuencia de sus servicios personales.<sup>343</sup>

Los frutos (civiles) que tienen por referencia la fuente de energía personal y en proporción directa a la inversión aplicada para su generación.

La expectativa de ganancia o beneficio está determinada por la educación: “La inversión en educación actúa bien como una inversión semejante a la realizada en bienes de consumo duradero o bien como inversión semejante a la realizada en bienes de producción”.<sup>344</sup>

No obstante, también debería aceptarse que el valor capital acrece cuando hay capacidad innata, inteligencia natural en la persona para la obtención potencial de beneficios futuros.

La comparación que se propone es con el factor tierra, en tanto viene otorgado libremente por la naturaleza, desconectado del mérito individual.

Sin embargo, la comparación no es afortunada: la capacidad innata o inteligencia de la persona no es un elemento de su capital, sino, solo un elemento circunstancial, tales como la familia, el patrimonio preexistente, las relaciones sociales. O sea, la inteligencia

343. F.A. BREÑA RUZ-J.A. GARCÍA MARTÍN; *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto*, Madrid, 1980, p 219 y sigts.

344. HANSEN, B., en *El Impuesto sobre el Patrimonio*, Madrid, 1972, pp 261-295, cit, por Breña-Ruz García Martín.

## EL CAPITAL HUMANO

no contribuye necesariamente ni integra el valor capital de la persona. Es un elemento que puede coadyuvar, pero, no inexorablemente.

La capacidad innata, la familia, las relaciones sociales o, inclusive la salud, no determinan, en si mismas, más beneficio potencial que su carencia.

En cambio, el enriquecimiento mediante la educación, el aprendizaje, la formación, redundan inmediata y directamente en el mayor valor añadido de la persona, cualquiera que sea su capacidad innata, familia, relaciones sociales o salud.

Precisamente, la educación conforma el principal activo de los que no pueden sino prestar su energía laboral en relación de dependencia. La renta del trabajo personal no se funda en la capacidad innata y otros condicionantes externos, sino en la concreta prestación de trabajo para otro, sin más componente patrimonial que el propio despliegue de energía física e intelectual, y cuyo resultado le es ajeno, pues se incorpora directamente al activo empresarial.<sup>345</sup>

El capital humano (del trabajador) es consecuencia de la inversión efectuada por la persona en su educación. La expectativa de ganancias que pueden derivar se construye en torno a la prestación de su energía personal a cambio de una contraprestación.

La capacidad innata de cada persona es un factor gratuito, fuera de mercado, que solo ocasional o eventualmente está determinando la renta conseguible.

La única inteligencia a tener en cuenta es la que se traduce objetivamente en mayor salario. Pero, a la inversa, el mayor salario puede no ser el resultado de la capacidad innata y, sin embargo, suficiente, para indicar un producto del capital humano superior a cualquier otro.

Lo importante no es que el capital haya sido producido, sino que haya sido reproducido: la fortuna del nacimiento o el don de la inteligencia no son nada, sin el despliegue de la energía humana en su desarrollo.

El capital humano no será, entonces, diferente a la noción de capital: el resultado de las decisiones del trabajador, que transforma recursos no permanentes —su energía laboral— en fuente de renta que es preciso conservar y reponer.<sup>346</sup>

La renta del capital humano, de la persona en relación de dependencia y, asimismo, el trabajador autónomo o profesional, es un fruto o producto de una fuente puesta en

345. SSTT, Sala 6ª, 11-5 y 29-10-1984, 12-3 y 10-12-1985 y 12-5 y 17-06-1986, donde se destacan la ajenidad, la dependencia, la prestación voluntaria y la percepción como elementos del contrato de trabajo.

346. BARRE, R., *Economía Política I*, Barcelona, 1981, p 127: “Importa considerar la amortización del capital humano en que “el valor de los cuerpos es cambiante (Boulding). Hay que tener en cuenta los riesgos de accidentes, de enfermedades, la vejez, la formación profesional y cultural del individuo. Puede existir un uso normal o anormal y también puede hablarse de envejecimiento del capital humano...”.

condiciones para el suministro o provisión de servicios durante un tiempo prolongado aunque precedero, como el propio origen que lo establece.<sup>347</sup>

La calificación del trabajo por la formación, aprendizaje, experiencia de la persona, dirigida a la obtención de un rendimiento, recibe la denominación de capital humano. La acumulación de conocimiento en la persona permite el mejor aprovechamiento de su energía laboral, facilitando, por analogía su comparación con el otro capital el capital material o físico, financiero.

La renta es precedera o temporal y surgen costes de conservación de la fuente, de adquisición de la formación y la correlativa renuncia a la obtención de otros ingresos durante dicho periodo y, en fin, de amortización del capital aplicado, para la reposición de las energías laborales o profesionales consumidas a lo largo de la vida útil.

La diferencia, en cualquier caso, entre el capital humano y los otros capitales consiste en que no tiene un valor negociable propio en el mercado, separado y autónomo de la persona: o sea, la persona es el capital humano.

La persona puede transmitir o arrendar sus servicios o prestaciones laborales, pero, sin que pueda transferir su capital acumulado a otro.<sup>348</sup>

A lo sumo, la coposición con el capital organizativo.

De modo que el capital humano nace con dos restricciones particularmente relevantes.

Por un lado, sus frutos, aunque dotados de cierta estabilidad, tienen un periodo de acrecimiento acotado por la jubilación de la persona, o, asimismo, el despido o cese, la enfermedad o, finalmente, la obsolescencia frente al progreso técnico.

Y ello define la determinación jurídica de la fracción del capital que debe descontarse para reconstituir su valor. La conservación de la fuente, al igual que en los otros capitales, es necesaria para su reposición.

Por otro, la restricción propietaria que deriva en la intransmisibilidad del capital acumulado en el tiempo. El capital humano siempre lleva a la coposición, a la concurrencia patrimonial posesoria dentro del negocio.

Y estas restricciones no se aplican a cualquier capital humano, por ejemplo, el que se desprende de la actividad autónoma y profesional; sino, exclusivamente, a la renta del trabajo.

347. MEHL, L., *Elementos de ciencia fiscal*, Barcelona, 1964, p 142: "Ello no obstante, es posible, dar a la definición de renta como producto de una fuente puesta en condiciones, de un capital, un alcance general... De esta suerte, la renta aparecería siempre como resultante de la puesta en marcha del capital".

348. LANCASTER, K., *Economía moderna I*, Madrid, 1977, p 446: "esta persona puede vender los servicios de sus cualificaciones acumuladas, pero no su propio stock de cualificaciones. Naturalmente, el propietario de capital físico puede vender sus servicios, pero también puede transferir la propiedad del stock del capital".

## EL CAPITAL HUMANO

Hay diferencias entre el capital humano que tienen por causa la calificación adquirida.

Este capital tiene un valor patrimonial que alcanza su máximo en la empresa y su mínimo cuando no está en ella.

Rolph y Break proponen que la valoración del capital humano tome el promedio de la renta del trabajo de un número de años determinados, o, inclusive, la del año corriente y se proyecte al periodo de vida laboral probable de la personal.<sup>349</sup>

Lancaster, por su parte, considera el rendimiento por la diferencia que puede atribuirse a la formación, ajustada teniendo en cuenta el periodo de tiempo durante el cual será percibida dicha diferencia. El valor inicial del capital se compone de los costes de formación, integrando los ingresos que han dejado de percibirse durante el periodo de capacitación, o sea, el coste de oportunidad.<sup>350</sup>

Sin embargo, estos cálculos pueden ser válidos para el valor del capital humano individual y fuera de la empresa. Si hay que computar el valor en la organización a la cual pertenece, seguramente, el resultado será distinto y superior.

Cuando la gente trabaja en común, crean algo que es más valioso que la suma de sus esfuerzos individuales. La diferencia es beneficio, retorno del capital. “Quite este excedente y no hay empresa”.<sup>351</sup>

El valor creado pertenece a la organización; pero, también, incrementa el de los trabajadores que lo han creado. Hay un resultado que no es del trabajador; pero, del cual es partícipe el capital humano en la empresa y que no se refleja, habitualmente, en términos de salario, sino de dividendo laboral o capital financiero (acciones, stock options, employee ownership plans).

La calificación consiente el puesto de trabajo, el cual sirve de fuente al salario; pero, el valor del capital humano no puede calcularse retrospectivamente, sino, en prospectiva del valor que contribuye a crear en la organización de la que es parte.

La ausencia de valor capital en el mercado de las fuentes de rentas de trabajo puede matizarse. Steve destaca que los rendimientos del trabajo son aquellos a los que no corresponde un valor capital negociable, carente de componente patrimonial autónomo, inhábil para afrontar gastos excepcionales o aprovechar ocasiones favorables de inversión.<sup>352</sup>

Es cierto que el capital humano del trabajo no es separable de su titular físico; pero, no o es menos que hay un valor capital basado en la calificación adquirida, que opera en el mercado y que se manifiesta, sobre todo, en la creación de valor añadido en la organización empresarial, aunque lo pierde, fuera de la misma.

349. ROLPH, E-BREAK, G., *Public Finance*, N. York, 1, p 61, p 198.

350. LANCASTER, Op. cit, p 446.

351. STEWART, T.A., *Intellectual Capital, The new wealth of organization*, London, 2000, p 106.

352. STEVE, S., Op. cit, p 322.

Se podría, entonces, establecer un valor de mercado del capital humano, según su aplicación económica inmediata o indirecta según su coste histórico y potencialidad actual.<sup>353</sup>

El trabajo no es una fuente de renta correlacionada con la capacidad innata del perceptor. No hay criterio biológico que sustente el mayor salario desde la cuna, sin perjuicio que la falta de igualdad de oportunidades condicione desfavorablemente desde el punto de partida al individuo. Pero, la capacidad innata sin penosidad y sacrificio no deja de ser sino una anécdota. La biología, afirma J. Robinson, no dará una gran contribución al estudio de la desigualdad económica.<sup>354</sup>

La fuerza de trabajo, el trabajo es, en la economía clásica, el creador de riqueza. No son “los dones libres de la naturaleza” los que lo hacen. El mundo físico es el ambiente en el que el trabajo humano destaca.

### 1.2.1. La Tesis de Carnelutti

El trabajador procura sus servicios al empleador cuyo objeto es la prestación de energía humana, caracterizándose por la dependencia en su favor.

“Hoy son ya contados los autores que aceptan esta vieja construcción, poco respetuosa para la dignidad humana, al asimilar la fuerza de trabajo del obrero a una mercancía cualquiera”.<sup>355</sup>

No obstante, el núcleo de la relación jurídica del trabajador no se aleja de ofrecer energías propias para su utilización por el empleador.

El hombre es una cosa-persona. Como persona es sujeto y como cosa es objeto del derecho. En cuanto a esto último puede pertenecer el derecho a la persona del mismo hombre, que es la cosa o el objeto – v.g. el derecho de imagen-, sea a la persona de un hombre distinto.

El derecho del empresario sobre el trabajador ilustra la pertenencia del derecho a una persona ajena. El hombre como cosa y objeto de derecho.

353. VITI DE MARCO, A., *Principi di Economia Finanziaria*, Torino, 1939, Op. cit, p 186: “aceptando la equivalencia entre la imposición sobre el patrimonio y la renta, también, admite la tesis de la atribución de un valor capital a la persona del trabajador, aunque afirmando, sin mayor aclaración, que la valoración del capital-hombre encontraría obstáculos de orden moral”.

354. J. ROBINSON-J. EATWELL, *Economía Política*, Milano, 1974, p 275.

355. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, 1927, II, 452.

## EL CAPITAL HUMANO

El deber del trabajador es el de dejarse dirigir (dependencia), o sea, dejar de hacer por sí, en los límites del contrato, que es lo que hace el empresario con los otros elementos del establecimiento mercantil, “donde se distingue el far sí, que es el objeto del deber, del dejar hacer”. La voluntad del trabajador significa tan poco en este contenido cuanto el trabajo del animal deducido en la locatio; entre la locatio bovis y la locatio hominis –de un hombre libre–, lo que confunde respecto a esta última es que la locatio tiene doble posición, del animal que trabaja y del propietario, que lo deja trabajar”.<sup>356</sup>

Cuando el trabajador hace con su energía el objeto de su contrato contra un salario, sin que se obligue además a ulteriores gastos o atenciones;<sup>357</sup> se establece un vínculo entre el empleador y el trabajador en cuya virtud el primero obtiene el uso y disfrute del trabajo ajeno que está a su disposición, “sometido a su autoridad e iniciativa, haciéndose de ese modo dueño de una parte del tiempo y de la libertad del asalariado, así como del producto de su esfuerzo. Es decir, que esta relación es esencialmente una relación de dependencia...”<sup>358</sup>

Carnelutti funda la idea jurídica de la cosa-persona, donde cada individuo es o puede ser, a la vez y en sentido diferenciado, sujeto de derecho y objeto de derecho, que le puede ser propio o ajeno. Por eso, la persona es titular de derechos del hombre y la cosa puede ser objeto de derechos sobre el hombre; precisamente, los derechos sobre el trabajo por parte del empleador.

Cuando el trabajador deja de hacer por sí, para acomodarse a la dirección del empleador, expone el núcleo jurídico de su deber consistente en la dependencia o subordinación de su prestación al poder de otra persona.<sup>359</sup>

La perspectiva del hombre en la doble situación de persona y cosa no es aceptada por la doctrina.

Las personas, se afirma, son los únicos posibles sujetos de derechos ya que los demás entes tienen para el Derecho la condición de objeto: medios, por tanto, o instrumentos ordenados a la satisfacción de intereses o necesidades humanas. Un animal, una cosa, por más que puedan aumentar o mejorar merced al disfrute o adicción de unos bienes, nunca serán sujetos de derechos. O, aún más. El concepto de sujeto –a diferencia del

356. CARNELUTTI, F., *Teoria Generale del Diritto*, Roma, 1951, p 172. “Igualmente, el trabajador cuando hace, deja que sus energías sean utilizadas por el empresario”.

357. FERNÁNDEZ, F.L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, M. Albadalejo, T XX, V. 1º, p 82.

358. DE COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Obligaciones y contratos*, 1988, p 523.

359. PERLINGIERI, P., Op. cit, p 294, donde afirma que en la relación laboral el punto de referencia objetivo es el bien energía laborable... El sujeto queda degradado, en sustancia, al papel de objeto.

objeto, no posee una mera utilidad ni un precio, sino una dignidad: “el objeto es un medio, el sujeto un fin al cual se ordena todo medio, todo objeto”.<sup>360</sup>

Pero, esta posición no persuade sobre la alteridad, la condición de ser otro y el mismo, que puede describir al hombre. En efecto, la calidad de sujeto de derechos no es una contraposición a la que supone su circunstancia de objeto del derecho.

La alteridad, según Carnelutti, implica a la persona como el no ser de la cosa y, por tanto, más allá de ésta.

No solo en materia de trabajo el hombre puede ser objeto del derecho. La transmisión de gametos, embriones y fetos humanos, por ejemplo, ilustran sobre idéntica proposición o, aún más, en los supuestos tradicionales de transmisiones de fluidos humanos con fines terapéuticos.

En la realización de un servicio a otro, bajo su dependencia y con ajenidad al resultado, hay una cosa-persona que es el objeto del derecho que corresponde al empresario. Y no es sujeto de derecho en la relación laboral, precisamente, porque se desarrolla bajo la dependencia de otra persona: “inclusión en el ámbito del círculo rector y disciplinario de una unidad empresarial y una sujeción a las ordenes e instrucciones del empresario” (SSTT cit.).

El sujeto de derecho es el empresario y el trabajador es el objeto de la relación jurídica laboral. El contenido de la prestación es la puesta de energía humana a disposición del empleador –cosas-, a cambio de una retribución. El trabajador hace lo que otro le ordena y manda y por dejar de hacer por sí mismo, permite que las energías sean utilizadas por el empresario. El capital (humano) del trabajador no aparece comprometido con el contenido de su prestación personal, que es distinta y separada.

El trabajo que da contenido al contrato es el fruto del capital de la personal, separado, autónomo y distinto de la misma.

En verdad, parece más peligroso para la dignidad de la persona entender que el trabajador compromete su entero capital (humano) en la relación jurídica, que el solo fruto de su calificación.<sup>361</sup>

La dependencia es la característica determinante del trabajo por cuenta ajena. Pero, como señala la jurisprudencia por la ajenidad: “el fruto del quehacer del empleado pasa directamente al activo empresarial”. Su obligación no se traduce en una actividad para o por sí, sino en dejarse hacer por quien le dirige el derecho del empresario, “manifiesta-

360. LEGAZ LACAMBRA, Cit, en *Elementos de Derecho Civil, Parte General* vol. II, L.L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, Madrid, 2000, p 2.

361. CARNELUTTI, F., *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, pp 241 y sigts: “Solo por esta vía –la prestación de energía humana-puede salvar la concepción del contrato de trabajo de caer sobre el cuerpo humano como objeto de contrato y de derecho”.

---

 EL CAPITAL HUMANO
 

---

mente sobre las energías del trabajador en la medida que se desarrollan ...el goce exclusivo de la energía”.<sup>362</sup>

### 1.3. LA CONCURRENCIA DE LA POSESIÓN DEL FRUTO DEL CAPITAL HUMANO

La energía humana, en suma, es una cosa y el derecho sobre ella, separada del cuerpo humano, no exhibe dominio, sino posesión. Carnelutti señala que sobre las energías humanas como cosas hay un derecho próximo (no igual) a la propiedad.

El trabajo como fruto del capital humano empleado (en relación de dependencia) por la organización acepta concurrencia de distintas posesiones debidamente jerarquizadas.

El producto del trabajo está bajo la posesión inmediata de la organización que goza del efectivo poder de hecho sobre la cosa...”apellida el contacto físico con la cosa que tiene una persona”.<sup>363</sup>

El ejercicio de la potestad organizativa inviste la posesión (inmediata) al que tiene la cosa, el fruto del trabajo.<sup>364</sup>

La posesión inmediata se funda o deriva de la posesión mediata, a la cual está subordinada la primera: aquella que reconoce la posesión a través de otro, espiritualizada o sin señoría de hecho. La posesión del trabajador sobre su fruto es la posesión mediata...”espiritualizada y sin poder de hecho ejercido por otro (art. 431 C.C.) (Martín Pérez).

El trabajador tiene la posesión mediata por medio o a través de la posesión de la organización como poseedora inmediata, que está vinculada con el trabajador por una relación jurídica contractual que le faculta a la tenencia, conservación y disfrute de la energía laboral que es consecuencia.

La concurrencia de posesión, vertical según Lacruz Berdejo, sobre el fruto establece su jerarquía en base a la superioridad de la posesión mediata del trabajador. De esta deriva la posesión inmediata de la organización por causa del vínculo contractual. “De donde se deduce que cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio en otra persona, existen en realidad, dos poseedores, ya que el

---

362. CARNELUTTI, F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* en Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni, 1913, I, p 391.

363. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derechos Reales* Vol I en *Elementos de Derecho civil* III, Barelona, 1988, p 74.

364. Art. 432 C.C....”la tenencia por éste para conservar y disfrutar perteneciendo el dominio a otra persona, que es considerada posesión –art. 432–, A. MARTÍN PÉREZ, en *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, M. Albadalejo, Madrid, 1980, p 65.

propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa” (STS 30-09-1964).

El poseedor inmediato ostenta y tiene el poder de hecho sobre la cosa, el contacto con el fruto del trabajador. El poseedor mediato es titular de una situación de apariencia, de poder superior que resulta del vínculo contractual con la organización.

Precisamente, según Hernández Gil, el poseedor mediato no posee por si solo. Requiere concurso para superponerse de un mediador posesorio que es el poseedor inmediato, cuyos poderes directos sobre la cosa vienen determinados por el poseedor mediato.<sup>365</sup>

La concurrencia de posesiones recogida en los artículos 431 y 432 del CC puede explicar la relación jurídica trabada entre el titular del capital organizativo y el titular del capital humano, como dueño.

La posesión inmediata de la organización sobre el fruto del trabajo con la intención de conservar y disfrutar no empece la posesión mediata del dueño del trabajo como fuente, que siendo expresión de un poder jurídico más amplio y superior, posee, sin ejercicio o tenencia, a través de otro poseedor –la organización–.

La coposesión sobre el fruto del trabajo entre el poseedor inmediato y mediato tiene una importante delimitación del ámbito entre ambas posesiones, dado que cada uno de los espacios posesorios no pueden ser ocupados por el otro, que sugeriría extralimitación del señorío de hecho o de la posesión en concepto de dueño–

La frontera entre las posesiones concurrentes es la disposición del conocimiento.

Hay conocimiento que se incorpora al poseedor mediato y otro que no es sino del poseedor inmediato y cuya utilización le está vedada o restringida.

El trabajador –poseedor mediato– es portador del conocimiento tácito, que queda con él y puede llevarse cuando deje la organización. El conocimiento tácito está en la esfera subjetiva del trabajador, entendiéndose como tal, el que fue adquirido por su propia experiencia, habilidad, competencia en la organización.

La organización –poseedor inmediato– se atribuye el conocimiento expreso que se desprende del trabajo –los secretos industriales, los procesos, procedimientos–, sean del propio trabajador o revelados en el curso de su prestación.

El ámbito de la posesión mediata no puede restringirse en ningún caso a la incorporación de conocimiento tácito; así como tampoco la posesión inmediata puede reconocer la libre disposición del conocimiento expreso que es suyo.

Los efectos posesorios pueden ser graves, sobre todo, en caso de cese, despido, ruptura de la relación jurídica que sustenta la concurrencia de posesiones.

365. M. DE BUSTOS GÓMEZ RICO, en *Comentarios del Código Civil*, I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 3, Barcelona, 2000, p 381.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

El conocimiento tácito, integrado en el capital humano, se va con el trabajador y, teóricamente, este puede utilizarlo, para sí, recuperada la posesión plena de su fruto, en cualquier otra experiencia.

No obstante, la previsión legal impone la obligación de restringir su propia adquisición en base a la relación pasada, aunque no fuera objeto de la misma (caso de la invención laboral solicitada dentro del año del cese de su vinculación con la empresa).

Es un claro supuesto de extralimitación de la posesión inmediata, puesto que dicha invención no consistía en el aprovechamiento formal del conocimiento expreso, objetivo, adquirido, sino el resultado de su propio desarrollo.

Por otra parte, la utilización del conocimiento formal mediante la revelación o cesión de información secreta del titular de la posesión inmediata sería una extralimitación del trabajador respecto a su anterior ocupación.

No puede limitarse la aplicación del conocimiento tácito del trabajador, así como debe hacerse con el conocimiento expreso.

Todo aquello que no sea específico objeto de conocimiento objetivo de la organización puede ser empleado por el trabajador en el curso de nuevas experiencias.

Al contrario, el conocimiento objetivo debe abandonarlo en el momento en que deja la organización. En particular, la apropiación de listas de clientes, procesos, procedimientos, manuales operativos que sean reglas de la organización.

La ruptura del deber de confidencialidad implica un perjuicio objetivable si tiene por causa la información adquirida y revelada formalmente durante su experiencia.

De modo que, el valor del capital humano del trabajo, materializado en la retribución a cambio de la prestación de energía del trabajador; se desvaloriza cuando no se aplica a la empresa. Pero, esto no supone que carezca absolutamente de un componente patrimonial autónomo. O sea, el valor capital de la persona del trabajador no desaparece sin la presencia de salario, simplemente, como cualquier otro capital, permanece infructífero, latente, en expectativa de renta. El trabajador cede a cambio de salario su energía, quitando algo a su patrimonio (Carnelutti). El trabajador recupera su patrimonio, pero, sin salario, es improductivo.

El trabajo, desde otra perspectiva, es un capital en posesión de la empresa, a condición de permanencia del trabajador, en los términos aceptados de su contrato.

Así, el empresario goza de su señorío sobre su quehacer en la actividad; no es titular de un derecho de propiedad sobre su titular. Precisamente, porque la esclavitud vulnera cualquier derecho humano en los ordenamientos jurídicos actuales.

La obtención de la utilidad del trabajo ajeno cesa cuando el trabajador deja la empresa, por su voluntad o por la de su empleador y ello significa que el trabajador no quede sin su capital humano, que va consigo.

La energía humana se consume por el uso, o, puede trasvasarse en otros derechos que, a resultas del trabajo, los conserva el organizador.

### 1.3.1. Las invenciones laborales

No es obligado recurrir a Locke, pero es útil, para fundar que el invento pertenece a quien lo crea y que, en consecuencia, siendo fruto de su cerebro debiera garantizar el pleno derecho de propiedad.

No obstante, no parece que así sea en el marco de la legislación de patentes.

Hay tres supuestos de invenciones laborales en la empresa; sobre las que antes se apuntó (II 8.2).

En primer lugar, el objeto de contrato de trabajo es la invención y su resultado, implícito o explícito, pertenece a la empresa, sin que el trabajador autor tenga derecho a remuneración alguna (art. 15 LP).

La solución es desequilibrante, porque aunque el empresario asuma los costes y riesgos de la actividad del empleado ello no empece para que el invento –creación intelectual- no sea exclusivamente suya. Es como afirma Campobasso, un premio excesivo para el empleador.<sup>366</sup>

El invento debe ser, en la proporción que se quiera, un reconocimiento a la titularidad y legitimidad de su autor.

En segundo lugar, el invento es ajeno al objeto del contrato de trabajo que liga al empleado. En este caso, el empleador tiene derecho a asumir la titularidad o la utilización del invento habida cuenta que su presupuesto es que el trabajador inventor se lo debe, sea porque adquirió los conocimientos en su lugar de empleo o usando medios proporcionados por la empresa. El trabajador solo adquiere el derecho a una compensación económica justa (art. 17 LP).

Las invenciones realizadas por el trabajador merced a conocimientos adquiridos en la empresa o utilizando medios proporcionados por ésta, si bien pertenecen al trabajador/inventor, otorgan al empresario el derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de utilización de la misma.

Se trata de invenciones que no son objeto del contrato de trabajo ni explícita ni implícitamente, pero que “tienen relación con su actividad profesional en la empresa”.<sup>367</sup>

El derecho del empresario supone tomar para sí -asumir- la titularidad de un bien inmaterial –la invención- del que estrictamente no participó en su creación, sino a través de la puesta a disposición de los elementos materiales de su establecimiento mercantil.

De modo que el dominio del trabajador es relativo y condicionado al ejercicio unilateral del empresario de atraer el invento producido en su ámbito económico. El empre-

366. CAMPOBASSO, G.F., Op. cit, p 200.

367. CHULIÁ, V., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991, T 1º, vol. 2º, p 1177.

## EL CAPITAL HUMANO

sario dispone de un derecho ajeno, ya que si no la hace suya, la invención de servicio, corresponde al trabajador.

En tercer lugar, el invento del trabajador beneficia a la empresa, pero es completamente ajeno al objeto de la relación laboral. Esta situación le acredita como el verdadero titular de la creación (art. 19).

Pero, esto aparece mediatizado por el derecho latente del empresario a reclamar la patente cuando el trabajador cesado en su trabajo la solicita dentro del año de extinción de la relación.

La invención que se verifica con independencia de la relación laboral y cuya patentabilidad ocurra dentro del año del cese de la misma confiere un derecho de preferencia al ex empresario, que excluye al trabajador, aunque su invención pueda no tener ligamen alguno con la experiencia laboral vivida...”por lo que no tiene explicación que si el trabajador presenta la solicitud de patente para esas invenciones dentro del año siguiente a la extinción de su relación del trabajo, la invención podrá ser reclamada por el empresario”.<sup>368</sup>

En verdad, se puede considerar como una extralimitación del efecto posesorio inmediato la perturbación de la actividad del invento libre del trabajador fuera de la empresa. En particular, porque afecta estrictamente a su conocimiento tácito, que es suyo propio y no tiene nada que ver con su antigua organización.

Del mismo modo, debe reputarse como extralimitación posesoria el denominado pacto de no competencia para después de extinguido el contrato laboral si supera los seis meses o los dos años como trabajador calificado.<sup>369</sup>

Del contrato de trabajo se deriva para el empresario la posesión inmediata del producto del trabajador, ya que la posesión mediata es la del trabajador como dueño.

El conocimiento tácito alimenta al titular de la posesión mediata –en sus invenciones libres o en las obligaciones razonables de confidenciales después de cesar en su relación de empleo. El conocimiento objetivo y expreso es de quien ejerce la posesión inmediata durante y después de la extinción del contrato de trabajo.

La apropiación por la empresa (la organización) del resultado del trabajo configura un agravio en términos de capital humano, pero, sirve para reafirmar que el núcleo de la prestación laboral por cuenta ajena tiene como contenido la cesión de cualquier energía personal del prestador a la empresa, inclusive de aquellos frutos de trabajo que serían de su dominio propio y exclusivo “aún las energías humanas son cosas cuando son objeto de contrato” (Carnelutti).

368. URÍA, Op. cit, p 103.

369. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, cit, p 322.

#### 1.4. LA IMAGEN DEL CAPITAL HUMANO

“Los derechos de la personalidad, dice Ferrara, son los derechos supremos del hombre que garantizan en él, el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos sobre los bienes exteriores, los derechos de la personalidad garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío sobre su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales”.<sup>370</sup>

Extraemos: el goce de la persona partiendo del señorío sobre si misma. La persona como objeto de su derecho de la que es sujeto.

La imagen es un derecho de la personalidad en el sentido que es inseparable de la persona, pero, susceptible de transformarse en un bien jurídico —de la personalidad— separable siempre que así lo autorice su titular.

La imagen de la persona puede nutrir, entonces, un derecho que se identifica con su privacidad, intimidad, en suma, dignidad humana (right of privacy) y un derecho exclusivo de explotación comercial (right to publicity).

La reproducción por cualquier medio de la imagen física de la persona puede afectar, al mismo tiempo o alternativamente, su intimidad (C.E. art. 18.1) y/o su interés patrimonial.

El atentado al derecho de intimidad funda la prohibición de utilizar la imagen de un tercero cuando perturba su vida privada. La cara pasiva o defensiva del derecho de imagen.

El atentado al derecho de la personalidad es la base para prohibir que terceros exploren la imagen de las personas con finalidad económica. La cara activa del derecho de imagen.<sup>371</sup>

La imagen es una proyección de la apariencia física de la persona susceptible de explotación patrimonial y comercial. El derecho prohíbe su apropiación por terceros, sin consentimiento de su titular, porque la imagen-proyección es una manifestación de la propiedad de cada uno sobre uno mismo...” y a si a uno le roban su reflejo, le roban una parte de si mismo”.<sup>372</sup>

La imagen puede examinarse como la emanación de una persona, configurada como un bien jurídico inmaterial desprendido, aunque le continúe, sobre el cual ejerce su titular en pleno derecho dominical.<sup>373</sup>

370. DE COSSÍO, A., *Instituciones*, cit, p 187.

371. BERTRAND, A., *Droit à la vie privée et droit à l'image*, París, 1999, p 137.

372. EDELMAN, B., *Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image*, Dalloz R. 1970 chron 119 nº 5.

373. BLOCH, P., *Image et droit*, París, 2002; BOUVARD, F., *La commercialisation de l'image de la personne physique*: “La persona es propietaria de su cuerpo y de la imagen de su apariencia física”, p 394.

## EL CAPITAL HUMANO

El patrimonio de la persona está integrado por su cuerpo, su capacidad intelectual o experiencia y, también, por la imagen de su apariencia física. La imagen como fruto inmaterial del capital humano.

Yo soy propietario de mi cuerpo –dice Bouvard- de mi apariencia física y el solo autorizado a conceder la captación de mi imagen. La imagen captada, desprendida materialmente de mi cuerpo, es un fruto del cual soy propietario y el único que puede permitir su utilización.<sup>374</sup>

La imagen es un fruto (civil) del capital humano, pero, merced a su propia circulación jurídica autónoma en el comercio adquiere, como bien inmaterial, un valor intrínseco y separado. La imagen de la apariencia física puede establecer su propio valor patrimonial en función de la imagen de marca de la persona que, típicamente, coincide con la fama o notoriedad que adquiere su titular y la difusión publicitaria de la que disfruta: “por su comportamiento, su forma de presentarse al público, la publicidad que hacen de su modo de vida, de sus gustos”.<sup>375</sup>

La imagen, comercializada por su autor, se transforma en un fruto de su titular y un valor capital en si misma que da sus propios rendimientos.

El derecho de imagen es un fruto de la persona que puede devenir su imagen representativa. Esta adquiere un determinado valor capital en el mercado, sea en función de la fama, fortuna, notoriedad, de su titular, que bien puede calificarse como un bien en su patrimonio.

El valor capital de la imagen representativa se podrá computar por su valor de mercado, dado que no se deriva de transmisión previa. El derecho de imagen como proyección que alcanza un valor capital en el mercado es un bien inmaterial que forma parte del patrimonio de la persona física y que, en verdad, nada tiene que ver con el derecho a la vida, al honor o a la intimidad. Es un bien de la personalidad susceptible de comercialización y cuyo valor quedará expuesto, si ocurre, a las vicisitudes del mercado y su ciclo de vida útil.

La creación original de la imagen es un valor añadido al capital humano, o, como se quiera, una de las consecuencias de su actividad, know how, crédito o reputación en el mercado. La imagen es el fondo de comercio de cualquier persona en general, de la comercialización de su explotación y utilización por parte de algunas personas en particular.

La proyección de la imagen de la persona es su crédito en el mercado y es propiedad de su titular, pero, su valor capital dependerá de la consagración del personaje que resulta de la imagen por el mercado.

374. BOUVARD, F., cit, p 399.

375. ACQUARONE, *L'ambigüité du droit à l'image*, R. Dalloz 1985, chron 24.

Todos tenemos derecho sobre la imagen, pero, no todo derecho tiene valor comercial. Esto sucede cuando se crea una imagen de éxito, de suceso, de fortuna, que el público aprecia.<sup>376</sup>

Cada imagen es exclusiva y única. Y su explotación no puede verificarse sin la autorización o consentimiento de su propietario, la persona que refleja. No es un atributo de los deportistas, artistas o modelos. Y no puede desmerecerse en su valor intrínseco, aunque sea mínimo.

Por ejemplo, en la jurisprudencia francesa se dio el caso de fotografías tomadas a un pescador, furtivamente, en el curso de su actividad y que sirvieron para la edición de tarjetas postales. El pescador fue despojado de su derecho patrimonial sobre su imagen puesto que hicieron las fotografías sin su consentimiento y no tuvo participación alguna en la explotación de su imagen (Tribunal de grande instance Marseille 1, ch, 6 junio 1984 Izzo/Seppin Dalloz 1985 somm 323 obs. R. Lindon).

El pescador fue desposeído de su obra única: el mismo. Y sobre todo, de su crédito y reputación. Al fin y al cabo, lo que se quería era esa imagen de ese pescador para las ediciones. Esa persona era, nada más y nada menos, que el pescador.

La explotación comercial de la imagen de otro es la expresión jurídica del goodwill perteneciente a cada persona física: cuando hay negocio sobre la imagen ajena; la imagen es el negocio, sea de un pescador o un deportista, de un modelo o de un artista. Sin embargo, en mi opinión, hay una distinción básica. La imagen que acompaña la actividad económica de la persona física, el trabajador autónomo, sea profesional o empresario, es un integrante de su esfuerzo personal y directo y, por tanto, inseparable de la profesión o empresa. La explotación de la imagen del oculista o dentista es el resultado de su prestigio como tal y alimenta su prestigio profesional. La imagen es su fondo de comercio.

En cambio, la cesión del derecho de imagen del trabajador en relación de dependencia, sea artista, deportista, intérprete, es un producto inmaterial que no es subsidiario de su actividad, sino autónomo, una creación intelectual que sirve de vehículo comercial amplio basado en el crédito del personaje, de la máscara, construida. El actor o presentador que auspicia cualquier clase de bienes o servicios.

El trabajo autónomo absorbe la imagen en el marco de la actividad personal y directa, evitando su circulación jurídica separada ya que la proyección de la máscara es la propia empresa o profesión de la persona física. Y esto comprende, asimismo, a cualquier empresario o profesional de sí mismo.

376. SERNA, M., *L'image des personnes physiques et des biens*, París, 1997, que desarrolla la idea de la imagen como un producto de la laboriosidad de la persona, su originalidad, creatividad, para que su reflejo exhiba una diferencia apreciable por el público y que a la fin es un derecho de autor de su creador.

## EL CAPITAL HUMANO

Cualquier persona física que extrae valor económico de su imagen en forma autónoma obtiene otro ingreso de su actividad profesional o empresarial.

Al contrario, la consideración de la persona física como trabajador en relación de dependencia establece la diferencia entre el contenido de su prestación laboral, objeto del contrato de trabajo, y la explotación de su derecho de imagen como bien inmaterial susceptible de creación independiente (de la relación laboral) de valor económico.

La comercialización de la imagen de ciertos trabajadores –deportistas, artistas, intérpretes, modelos- exhibe el valor de la máscara intrínseca de la persona, distinta de su actividad laboral.

El tema próximo es el trabajador inventor: la invención es un bien diferente de su actuación, una consecuencia que se vincula antes a su capacidad o talento personal (su capital humano) que a la prestación obligada de su energía laboral. Las cosas espirituales a las que alude Carnelutti.<sup>377</sup>

Por eso en el trabajador se reconoce no solo la persona sino la cosa que es objeto del derecho y que le pertenece a la persona, que es la cosa o el objeto; así como su energía pertenece al empresario; el derecho de imagen es parte del derecho de la persona que tiene el trabajador sobre si mismo como cosa. Y la estructura de ese derecho tiene el carácter del derecho real de propiedad. “La imagen no interesa sino a un solo derecho: el derecho de propiedad” (Bouvard).

La imagen-representación, la máscara comercializable de la persona física, es un bien inmaterial cuya creación es propia de su titular.

Es una creación intelectual que se materializa en algún soporte apreciable por los sentidos. Es una obra intelectual original que pertenece al ámbito artístico, deportivo, literario o, puramente, mediático, y que se expresa por medio del soporte físico de su propietario, la persona física. Es un derecho moral, como es obvio, que puede originar un aprovechamiento comercial para su autor (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación).

El derecho de imagen puede perfectamente incluirse como derecho comparable al derecho de autor “tendientes a garantizar unos ingresos a aquellos sujetos que contribuyen a la creación cultural”.<sup>378</sup>

377. CARNELUTTI, F., Op. cit, p 129. Donde de nuevo expresa una certera intuición acomunando la invención, obra de arte, el fondo de comercio a cosas que no se agotan en el corpus, sino que tienen su existencia más allá del mismo, una categoría de cosas que son incorpóreas, o mejor, cosas personales o espirituales.

378. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 74: “se refiere a los derechos afines, vecinos, conexos del Libro II del TRLPI”.

La persona que crea una máscara suya original cuyo monopolio de explotación le compete bien puede calificarse como autor original o singular de una obra artística, cultural en sentido amplio que manifieste el talento individualizado y personal de su autor... “por su comportamiento, su forma de presentarse al público, la publicidad, que hacen de su modo de vida, sus gustos”.<sup>379</sup>

Así, como afirma Acquarone, la reproducción sería la materialización de la imagen, de cualquier imagen, y la representación señala el derecho de comunicar la obra (la máscara) al público, la difusión.

En suma, la imagen como derecho de autor reúne los derechos de explotación que califica su vertiente patrimonial.

La imagen como máscara inmaterial susceptible de explotación por su autor en exclusiva ante cualquiera ilustra el alcance de una propiedad (intelectual) de la persona sobre si misma.

La imagen como derecho de autor de la persona y su crédito o reputación comercializable no empece que pueda coexistir y compatibilizarse con la imagen como marca. Así M. Serna, afirma que la imagen de marca de la persona física “emana de su constitución física, de su presentación personal (peinado, maquillaje, accesorios, vestuario), de sus actitudes (gestos, entonación vocal, vocabulario), de sus concepciones, de modo tal que son expuestas y conocidas por su voluntad, de sus gustos culturales, de su vida personal y familiar... una imagen de realidad y de ficción”. La imagen, agrega Serna, es un producto construido que la persona pone al servicio de su éxito.

La aproximación y convergencia de la imagen como propiedad intelectual y marca no es sino la ratificación de un proceso más amplio en el que las propiedades en cuestión destilan un común impulso comercializador de la actividad creadora, cualquiera que sea su ámbito.<sup>380</sup>

Bercovitz, apunta que los derechos de la personalidad y las marcas son ámbitos autónomos que pueden interferirse cuando los signos puedan registrarse o si el derecho de imagen pretende ser utilizado por un tercero sin autorización de su titular (aprovechamiento indebido de la reputación ajena).<sup>381</sup>

Sin perjuicio de aceptar los criterios de convivencia o compatibilidad entre la marca y el derecho de autor resulta prioritario atender que la finalidad de la marca atiene al signo distintivo de los productos y servicios de la empresa. El concepto de marca es el de todo signo susceptible de representación gráfica que sirve para distinguir en el mercado

379. ACQUARONE, D., *L'Ambiguité du droit à l'image*, Dalloz, 1985, Chron p 29.

380. PEREZ DE LA CRUZ, A., en URÍA, R-MENENDEZ-A., Op. cit, p 355.

381. BERCOVITZ, A., Op. cit, p 444.

## EL CAPITAL HUMANO

los productos o servicios de una empresa de los de otras (LM art. 4.1), incluidas las imágenes. Nótese que en la nueva ley hay un cambio cualitativo puesto que se sustituye la referencia a la persona por el de empresa.

Y esto es determinante: cualquier creación intelectual de la persona denuncia su autoría, tenga o no valor cultural apreciable, consintiendo su derecho a la explotación de la imagen construida. Pero, la imagen de marca solo está reservada a la empresa (o profesión).

La marca es la imagen de la empresa; mientras que la autoría –laboral- es el reconocimiento de la imagen de la persona física: es la individualización del derecho exclusivo de ciertos trabajadores por la creación de una obra que es la proyección comercial de su máscara.<sup>382</sup>

La imagen es susceptible de comercialización y por tanto de tráfico jurídico patrimonial. Es un bien inmaterial del capital humano, de la persona física, pero, que está condicionada por la naturaleza jurídica de la relación con otras terceras personas, empresarios que adquieren los derechos a su explotación.

Toda persona física tiene su derecho (personalísimo) a la imagen; pero, éste no alcanza dimensión comercial en cualquier caso. Hay determinadas categorías de personas a las que la fama, notoriedad, popularidad, de su actividad laboral les apareja la oportunidad de monetizar su imagen. En especial, los artistas, deportistas, modelos, presentadores de radio y televisión.

La imagen mercantil no tiene un ciclo predecible de vida útil, puesto que está severamente condicionada por la moda, la oportunidad o el soporte mediático. La consumibilidad de la imagen alimenta su tránsito fugaz, dificultando su valoración y medida. Si se acepta que la imagen es un bien inmaterial, intangible, de la persona física también deberá admitirse su amortización. Y, aquí, no hay duda que la misma debe apoyarse en lo inmediato del periodo anual, puesto que puede no sobrevivirle.

La estimación de la vida económica útil de la imagen está expuesta a la circunstancialidad. Así, los personajes sociales están condicionados por su propia vida física, disminuyendo el mérito de su imagen a su desaparición; a su estilo de vida; a hechos que les pueden afectar, inclusive destruir (lesiones deportivas, delitos, conductas impropias o deshonestas). Siendo difícil de construir, la imagen puede quedar instantáneamente destruida y, en la emergencia, el valor capital queda reducido a cero.

El problema económico de la imagen lo es para determinadas categorías de trabajadores. El interés del trabajador es la prestación de sus servicios personales en el espec-

382. SMITH, G.V.-PARR, R.L., Op. cit, p 53 “El derecho de imagen -right of publicity- orienta el derecho de la persona a controlar y beneficiarse de la explotación comercial de su identidad. Vivimos en una época de celebridades y la explotación comercial de su identidad. Vivimos en una época de celebridades y la explotación comercial de la misma puede constituir un derecho extremadamente valioso.

táculo deportivo, cultural, mediático y el de la empresa la apropiación de los derechos (intelectuales) de explotación que le faculen para recuperar por vía de la imagen la inversión en el espectáculo en cuestión. La imagen del trabajador es su fondo de comercio personal: cuanto mayor sea el prestigio que logre, mayores posibilidades de explotación comercial tiene el empresario para el cual trabaja, sea un teatro, club de fútbol, o emisora de televisión.

Y es lógico que el derecho de imagen afecte principalmente a determinadas categorías de personas y no a otras, siendo una manifestación específica del trabajo personal (de la persona del trabajador).

Cuando el contrato de trabajo tiene un contenido artístico deportivo, mediático, la energía laboral, que es una cosa, no se consume en el acto sino que se trasvasa en la creación original de la imagen, idónea para su explotación separada por la empresa. Dice Carnelutti: que por lo común las energías cedidas por el trabajador se consumen en el acto en que se prestan, está vez se conservan, y la idea representativa no es sino la energía síquica, objetivada, almacenada, acumulada y el contrato que tiene por objeto la prestación de la energía y, por efecto, la transmisión del derecho de autor, no es sino el verdadero contrato de trabajo...<sup>383</sup>

La imagen es el trabajo construido sobre si mismo que separándose de su autor proyecta la energía precedente para su reproducción, distribución, comunicación pública, transformación. En suma, para que sea explotable por la empresa.

## 1.5. LA DISCRIMINACIÓN CUALITATIVA DE LOS RENDIMIENTOS

Históricamente es aceptado que el gravamen de las rentas del trabajo personal debe ser inferior al que tiene por causa las rentas de capital.

El primer argumento revela la idea de sacrificio, de pena que compromete la obtención del salario respecto a los frutos del capital, mobiliario o inmobiliario. Estos últimos se benefician de la tutela que goza la libertad patrimonial del individuo, mientras que los otros son el precio de prestaciones de energías personales. De ahí la denominación diferente entre rentas ganadas (earned) y no ganadas (not earned).

El equilibrio entre la propiedad privada de bienes patrimoniales y el dominio privado sobre si mismo impulsa el deber de discriminar fiscalmente la renta del trabajo en perjuicio de la del capital.<sup>384</sup>

383. CARNELUTTI, F., *Studi sull'energie*, cit, p 392.

384. PARRAVICINI, G., *Scienza delle finanze, Principi*, Milano, 1970, p 233.

## EL CAPITAL HUMANO

El rendimiento del trabajo exige esfuerzo, mientras que el del capital afluye espontáneamente.<sup>385</sup>

El concepto de esfuerzo, de la pena, conduciría a tomar en cuenta, en la fijación del rendimiento neto del trabajo personal, los costes subjetivos, o, lo que es igual, las energías humanas empleadas en el conseguimiento del salario, como gastos necesarios para su obtención, entre los que destaca la conservación del capital humano.<sup>386</sup>

El segundo argumento pone en el centro la diferencia de tratamiento que recibe el capital mobiliario o inmobiliario en comparación con el capital humano.

El impuesto que soporta el trabajador –afirma G. Vedel– es necesariamente en una parte un gravamen sobre la fuente de renta, es decir, sobre el capital que constituye la fuerza de trabajo.<sup>387</sup>

La renta neta del capital admite la transformación de la renta íntegra y de la amortización del bien o derecho que la produce. Al contrario, la renta del capital humano es, virtualmente, idéntica sea en su obtención que en su cuantificación neta. “...los gastos de conservación del capital humano –por ejemplo los gastos de alimentación, de vivienda, no son deducibles”.<sup>388</sup>

El hombre como capital no permanente al que se debe conservar y proveer a su reposición atiende la semejanza con la máquina.

Una máquina percedera, temporal, de la que debe detraerse la amortización necesaria para su reintegración.<sup>389</sup>

No puede aplicarse el mismo hilo conductor a la renta autónoma del profesional, pese a que la amortización del capital humano está próximo a su actividad. Y ello, probablemente, por razones de configuración jurídica que no económica. El profesional puede proyectar su pericia técnica, su calificación, mediante un comportamiento autónomo del propio sujeto. La renta del profesional es consecuencia del ejercicio autónomo de su calificación, de autoorganización de su propio esfuerzo y su capitalización.

El handicap del capital humano del trabajo, frecuentemente subestimado, reside en su aleatoria proyección, vinculado como está a la vicisitud de la empresa, a la dirección del empresario, a la permanente reversibilidad de su status personalísimo, que deriva, es obvio decirlo, de la relación de dependencia.

385. STEVE, S., *Lezioni di Scienza delle Finanze*, Padova, 1972, p 323.

386. F. FORTE-P. BONDONIO-L. JONA CELESIA, *Il Sistema Tributario*, Vol. 5 del Trattato di Economia Publica, Torino, 1980, p 404.

387. VEDEL, G., *Avis du Conseil Economique et Social sur “Les conditions d’imposition des revenus du travail et des revenus du capital”* J.O. 1-03-1974.

388. RAPPORT, *Commission d’étude d’un prélevement sur les fortunes*, V.1, París, 1979. P 121.

389. FORTE, F., “...conceptualmente, una parte de la renta no es renta neta, sino agotamiento de la fuente que produce el rendimiento, o sea, consumo de capital, Op. cit, p 406.

El tercer argumento reafirma la importancia del tiempo en la constitución y explotación del (propio) capital humano en el trabajo.

Hay un momento de formación y aprendizaje profesional, la calificación laboral; que justifica la amortización de su coste histórico.

Hay un despliegue de energía humana, el esfuerzo y el sacrificio, a lo largo de la carrera laboral; que merecen el *favor iuris* a y en la remuneración suficiente.

Hay una aleatoriedad, una discontinuidad en la relación fructífera del capital del trabajador que torna legítima la deducción de una cuota de la renta obtenida para su reposición, porque, de lo contrario, en la medida de su transcurso se va a su descapitalización, a su minusvalía irreversible.

Por último, el factor temporal de la renta del trabajo con respecto al perpetuo del capital. Uno, es un rendimiento temporario que se produce limitadamente a la edad productiva del trabajador, mientras que el de capital es una renta independiente de la actividad personal del perceptor y puede presumirse perpetua.

La equidad reclama que cada contribuyente quede en la misma posición relativa con referencia a los otros, después de la aplicación del impuesto. Esto no sucede si, a paridad de circunstancias, un contribuyente puede disfrutar de toda su renta y el otro se ve obligado a reducir su consumo para protegerse de la incertidumbre del futuro rendimiento. Si se pretende la igualdad, hay una parte de la renta del trabajo, aplicada al ahorro, que debe exentarse, para homogeneizar su disciplina con la renta perpetua. La exención del ahorro presunto del trabajador permite gravar solo gasto, evitando la doble imposición, primero como ahorro y después como consumo.

“Se deberá considerar actualmente disponible solo una parte del rendimiento del trabajo, precisamente la que queda después que el trabajador habrá separado anualmente, durante el periodo laboral, una cuota suficiente para asegurarse a perpetuidad un rédito igual al que consume actualmente (incluido naturalmente los años del periodo en que por enfermedad, accidentes, desempleo, no consigue ningún rendimiento”.<sup>390</sup> En suma, la exención del ahorro presunto se adecua a la renta del trabajo caracterizada por la temporaneidad, y que, en principio, más lo requiere.<sup>391</sup>

### 1.5.1. La doble imposición del ahorro

Las rentas del trabajo son temporales, su duración está limitada por el periodo de vida activa del trabajador; mientras que las del capital son perpetuas.

390. COSCIANI, C., *Istituzioni di Scienza delle Finanze*, Torino, 1970, p 183.

391. STEVE, S., Op. cit, p 322.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

La única forma de comparación entre ambas consiste en admitir que una parte de la renta del trabajo no sea utilizada, o sea, sea ahorrada. Si se grava en la misma medida toda la renta producida se afectaría también aquella parte de la renta del trabajo que debe ahorrarse, a fin de que el trabajador pueda acumular un capital que le permita disfrutar de una renta después de cesar en su vida activa.

El punto de partida en la economía clásica es que renta y capital representan dos caras del mismo fenómeno, siendo el valor capital equivalente al del flujo de la renta futura descontada.

El ahorro sobre el flujo corriente de bienes provoca un aumento del valor capital: el ahorro es lo contrario del consumo.

La particularidad de la renta del trabajo es que para su conservación (la parte no consumida de la contraprestación) puede entenderse como ahorro, ciertos de sus consumos necesarios para mantener la fuente: alimentación, salud, educación. Lo que queda, el haber líquido, será la renta neta que, como cualquier agente económico dedicará al consumo o al ahorro monetario.

La renta del trabajo ahorra en la conservación y mantenimiento de la fuente ANTES de su transformación en renta neta, siempre que esté dirigido a reintegrar su productividad.

Por eso, la aplicación del impuesto, en la idea de Hicks, que la renta es lo que el sujeto puede gastar sin empobrecerse, debe contemplar no solo el ahorro, a partir de la renta neta, sino aquella parte del consumo destinado a la conservación y desarrollo de la capacidad productiva del trabajador.<sup>392</sup>

### 1.6. EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO

El derecho al trabajo (art. 35.1 C.E.) tiene un campo delimitado por el propio TC. cuyo matiz interesa resaltar.

El derecho “presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso, el ejer-

---

392. PEDONE, A., *Elementos de Hacienda Pública*, Barcelona 1978, p 87.

cicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho por otra parte de la misma” (STC 2-7-1981).

El derecho constitucional al trabajo parece consagrar la idea de igualdad mediante calificación.

A igual capacitación, igual derecho al trabajo. A diferente capacitación, diverso derecho al trabajo.

La calificación del concurrente –su capital- describe con precisión que es la dotación profesional del mismo lo que permite discriminar su derecho al puesto de trabajo.

No es, en abstracto, la igualdad de todos al trabajo; sino, la igualdad, a paridad de circunstancias, capacitación o calificación. En suma, el saber o la experiencia preexistente, acumulada en la personal, sirve de contenido a su derecho al trabajo, igualdad de circunstancias con los demás.

El salario tiene por fin la retribución de la energía física laboral.

Una remuneración que, el tenor constitucional (art. 35.1 C.E.), marca como suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia. El salario, entonces, debe, en principio, asegurar la subsistencia y mantenimiento del trabajador.<sup>393</sup>

En términos económicos clásicos, será la retribución que garantice la reposición de la energía laboral, consumida durante el proceso productivo.

Pero, el fruto no puede confundirse con la fuente. El capital humano infructífero no se pierde, aunque se degrada en su valor, por la ausencia de salario. Su potencialidad permanece intacta e inclusive podría acrecentarse, en la perspectiva de un nuevo trabajo.

Lo que, indudablemente, queda perjudicada es la subsistencia del trabajador, que debe apelar a sus propios recursos económicos para sobrevivir o al subsidio de desempleo, hasta que comience a generar, de nuevo, rentas de trabajo.

El trabajador sin salario tiene un valor capital nulo. Pero, al mismo tiempo, el salario –o lo que le sustituya- no tiene por función sino la de conservación de la fuente, que no la de recuperación del valor capital, que solo puede verificarse una vez amortizado, al final de la vida útil del trabajador.

El salario conserva al trabajador, pero solo el trabajo puede permitir la reposición del capital humano. Si el salario no existe queda afectada la subsistencia de la persona; y si no hay trabajo se pierde definitivamente el capital humano. O sea, las calificaciones adquiridas a lo largo de su vida.

El fruto (civil) del capital humano puede variar, puede modificarse, porque el valor del mismo, una vez que incorpora su valor añadido, permanece íntegro. El menoscabo

393. MONTOYA MELGAR, Op. cit, p 367.

## EL CAPITAL HUMANO

será, en todo caso, como el de cualquier otra forma de capital, producto de su obsolescencia o incapacidad de adaptación a las innovaciones en curso. Y este es uno de los aspectos en los que la renovación del valor está estrechamente vinculado al estímulo fiscal dirigido a su renovación y actualización regular.

La dignidad del hombre no está comprometida en la transmisión de su energía laboral a cambio de un salario, sino el aseguramiento de la posesión del bien jurídico de su capital propio, encarnado en su posibilidad de generación de frutos derivados de su esfuerzo.

El capital humano del trabajo postula su reconocimiento específico en el escenario de los derechos de la personalidad (arts. 10.1 y 2 C.E.).

El sujeto del derecho es la persona del trabajador y su objeto la dimensión laboral de su existencia. Es un ejemplo de la cosa-persona expuesta por Carnelutti. El hombre como sujeto y objeto del derecho.

La protección de la personalidad tiene por objeto la posición que el hombre ocupa respecto a su trabajo acumulado, a su calificación histórica. Es una expresión de demanialidad privada del trabajo en relación de dependencia. La exclusión del derecho de otro sobre sí —la exclusión de la esclavitud y el contemporáneo reconocimiento del dominio propio sobre si mismo.

Si el trabajo da ocasión a la remuneración suficiente del trabajador; la realización de la propia persona solicita la consideración del capital calificado que resulta de la protección (fundamental) del derecho al empleo. El capital humano del trabajador es una situación patrimonial que aparece inescindible del libre desarrollo del hombre, asumiendo un perfil existencial adecuado como derecho de la personalidad.

Esto no significa que solo aquellos que trabajan en relación de dependencia enuncian el bien que les tiene por sujeto y objeto del derecho al mismo tiempo.

El capital humano —la acumulación calificadora— es una noción aplicable a cualquier persona y un derecho (personalísimo) que tiene a la persona como objeto. Una poder jurídico que recae sobre uno mismo como destino de la potestad. En palabras de Carnelutti, un dominio privado del hombre trabado in dominio sui.

Lo que opone la identidad entre el capital humano de cualquier persona y otra y de todo capital humano entre si, es la situación jurídica del fruto de su empleo.

El fruto del capital humano del propietario, empresario, profesional no implica la cesión posesoria de la energía personal a otro. El salario, es un fruto fundado en la necesidad de no impedir a otro, el empresario, de dirigir, porque la dependencia lo obliga.

Por ello, si cualquier capital humano es un derecho de la personalidad; el que se integra desde el trabajo dependiente es particularmente calificado por la norma constitucional.

La tutela de la dignidad de la persona no empece para la expresión de supuestos de mayor intensidad calificadora, en orden a los derechos fundamentales protegidos, v.g. el derecho al empleo, a la salud, a la educación que, de tiempo en tiempo, adquieren la tutela jurídica apropiada, *pari passu* con las agresiones que se verifiquen a su desarrollo.

El trabajo dependiente es un status de la persona que genera un mecanismo de tutela particular, en función de la realización de una actividad que se expresa en la prestación de energía humana. En la fuente, el capital humano del trabajo, es inseparable de su titular.

A diferencia, la actividad profesional, artística o deportiva, en la que también el status se configura en una prevalente prestación personal de la persona hay separabilidad objetiva de la fuente respecto al fruto. Hay un valor capital del ejercicio profesional que, en un momento determinado, puede ser autónomo del titular que lo crea y acumula, atendiendo el resultado al que da lugar. Por eso, no es identificable el status, la posición en la sociedad, del trabajador con respecto a otras prestaciones personales.<sup>394</sup>

La clave de la diferencia está en el indisoluble ligamen entre capital humano y su carencia de autodirección.

Esto no obsta para que se pueda fijar la referencia al valor capital del trabajo –la calificación de la persona del trabajador en el mercado–, sea con fines retributivos, económicos o fiscales.

O, aún más, que sea obligado a adoptar una posición discriminatoria, un favor iuris, del trabajo dependiente, de modo de reconocer para el sujeto que lo practica una especial tutela, en base a los derechos de la personalidad deducidos de su status social.

## 1.7. LA MEDIDA DEL CAPITAL HUMANO

La teoría del capital humano define la relación entre la adquisición de educación y técnicas de la persona como base para el aumento de la productividad y mejores empleos.

El capital humano, en sentido económico, equivale al inventario de conocimiento, experiencia, técnica, capacidad que posee la persona.

La inversión en su propia mejora supone mayor coste para la persona y una pérdida de renta en el periodo de su formación, en orden a obtenerla en el futuro.

El capital humano es visto como un activo similar en su concepción a cualquier otro activo material o financiero.<sup>395</sup>

394. NICOLO, R., *Riflessione sul tema dell'impresa en RDC, I*, 1956, p 181.

395. BECKER, G.S., *Human Capital*, Chicago, 1975; SCHULTZ, T.W., *Investment in Human Capital en* PHELPS, E. S., *The goal of economic growth*, N. York, 1969.

---

 EL CAPITAL HUMANO
 

---

La doble función del capital humano en el sistema económico aparece reflejada en su carácter de factor productivo valorado en términos de acumulación de educación y formación y, también, como fuente de conocimiento e innovación.

“Aunque sea difícil poner un valor en dólares sobre tales cosas, el valor añadido del capital humano es probablemente como mínimo igual al del capital físico en nuestro país”.<sup>396</sup>

La principal dificultad es establecer la medida del capital humano. Pero, siendo difícil, no parece inabordable: El hecho de que existan determinados activos que no pueden ser objeto de transacción, no significa que su valoración sea imposible.<sup>397</sup>

Los obstáculos han sido señalados: primero, la falta de transparencia en los costes laborales y, en particular, la promoción de las calificaciones de los trabajadores experimentados; segundo, la dificultad de medida de la capacidad productiva de los trabajadores adquirida mediante formación y experiencia y, tercero, el reflejo del valor económico de estas actividades.<sup>398</sup>

No obstante, la medición del capital humano es posible siempre que los parámetros y los objetivos perseguidos sean congruentes y precisos.<sup>399</sup>

### 1.7.1. Indicadores monetarios

#### 1.7.1.1. *El Banco del Conocimiento*

El capital humano en la organización representa el conjunto de los conocimientos, de las capacidades de las personas que trabajan en relación de dependencia.

“En una organización basada en el conocimiento hay poca maquinaria distinta a la de los empleados. Dado que solo los empleados pueden actuar, éstos son las mentes de las máquinas y las máquinas en si mismas”.<sup>400</sup>

La construcción del “Knowledge Bank” (Alan Benjamin) se funda en dos premisas. Primero, el gasto de capital es un gasto ordinario en lugar de concebirlo como un

---

396. SLEMROD, J.-BAKIJA, J., *Taxing ourselves*, Massachusetts, 2000, p 123-125.

397. ROLPH, E.R.-BREAK, G.F., *Public Finance*, N. York, 1961, p 197.

398. MILLER, R.-WURZBURG, G., *Investing in human capital*, OCDE, April, 1995.

399. EDVINSSON, L.-MALONE, M., Op. cit, “bien-razonados”, “bien-diseñados”, “tecnológicos”, p 124.

400. SVEIBY, K.E., Op. cit, p 10.

activo. El verdadero capital no es material o físico, sino intelectual. Segundo, entender que el gasto de personal no es un coste, sino, total o parcialmente, un activo: el salario es la medida del capital en cuanto además retribuye la calificación y formación del perceptor.

El fundamento reside en que son las personas específicamente calificadas antes que el capital físico o material las que garantizan el flujo de ingresos de la organización.

La clave de Benjamin es la evaluación de aquella parte del salario que no es de manutención, sino aplicada al futuro. Para algunos será todo su tiempo, pero, para otros existirá una proporción, dependiendo parte del valor del trabajo será materializada en el futuro.

Benjamin capitaliza esta parte del coste de personal (la mejora del capital humano por formación y aprendizaje) según técnicas contables usuales. Inmediatamente, establece una regla especial de valoración asignada al coste de reemplazo o sustitución del personal altamente cualificado y el valor añadido de I+D. Este último resulta del valor neto actual de las ventas estimadas de los productos futuros menos las deducciones por fracaso, costes o competencia imprevista.

El Banco del Conocimiento es el resultado de la suma del salario capitalizado y el valor de I+D.

“El Banco de Conocimiento y no los edificios es la razón por la que la gente invierte en su empresa o viene a trabajar en ella”.<sup>401</sup>

### **1.7.1.2. *The Balanced Scorecard***

Es un esquema de gestión empresarial basado en cuatro perspectivas:

- Financiera: ¿Para conseguir un éxito financiero como debíamos aparecer ante los accionistas?
- Relacional o de la clientela: ¿Para conseguir nuestra finalidad como debíamos aparecer ante los clientes?
- Interna: ¿Para satisfacer a los accionistas y clientes cual proceso de negocio debemos adoptar?
- Aprendizaje y crecimiento: ¿Para lograr el propósito como debíamos afrontar nuestra capacidad para el cambio y el crecimiento?

401. BENJAMIN en T.A. STEWART, Op. cit, p 232.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

La novedad propuesta de Kaplan y Norton <sup>402</sup>, resulta de la utilización mixta de indicadores monetarios y no monetarios bajo un procedimiento común que sirva para detectar los resultados (lag mesures) y los medios para conseguirlos (lead mesures).

Aunque no está centrado en el capital humano tiene la virtud de atender los elementos conductores que lo potencian en la organización y que, con posterioridad, fueron revisitados por otros autores.

En cuanto a las capacidades de los empleados se configuran resultados que tienen que ver con la satisfacción, permanencia, productividad.

Estos están influidos por la capacidad de la gestión, infraestructura tecnológica, clima para la actividad.

Aparte describen los resultados que sirven a la motivación de los mismos en cuanto a sugerencias, mejoras de los procedimientos, compatibilidad con el trabajo de la organización.

En suma, la contribución de Kaplan-Norton es, básicamente, la necesidad de entablar una visión cooperativa de los elementos de la organización sea financiera o no, para mejorar su gestión. Pero, atendiendo, el factor humano como una fuente de resultados a tener en cuenta en un ambiente que lo facilite. El empleado es algo más que un prestador de servicios.

### 1.7.1.3. *La fórmula Human Capital Monitor*

En *The Human Value of the enterprise* <sup>403</sup>, se propone una fórmula de valor del capital humano en la empresa cuyo cálculo es el siguiente:

Valor de Capital Humano=Coste de empleo x Multiplicador del Activo individual / 1000.

La división por 1000 persigue entender la relatividad del valor que se busca antes que una cantidad monetaria directamente comparada con el coste.

El coste de empleo es el salario base y los beneficios en especie más las cotizaciones a la Seguridad Social y otros gravámenes.

El Multiplicador del Activo individual pretende establecer un coeficiente estrictamente personal por cada empleado, ya que se evalúa, mediante su aplicación, la capacidad, el potencial de crecimiento, su aportación al valor añadido, lealtad a los valores de la organización. A cada uno de los componentes se le asigna un factor que los pondera para establecer un resultado.

---

402. KAPLAN, R.-NORTON, D.P., *The Balanced Scorecard*, Boston, 1996.

403. MAYO, A., London 2001.

El final del cálculo fija la relación entre el coste por empleado y su multiplicador en particular.

La gestión del capital humano se traduce en la adquisición, conservación y crecimiento.

La utilización del HCM permite evaluar las distintas etapas premencionadas en términos de valor añadido incorporado, pérdida o recuperación de capital y crecimiento y desarrollo en la organización. Al límite, puede establecerse un balance de capital humano que mida su beneficio neto en la organización a través de la cuantificación del beneficio íntegro (salarios-costes de adquisición, conservación, formación) y de los gastos indirectos (pérdidas de productividad o vacantes laborales). La idea básica es que así como se miden otras formas de capital –material o financiero– puede intentarse determinar el coste de mantenimiento del capital humano en relación con el valor añadido financiero que genera.

## 1.8.2. Indicadores no Monetarios

### 1.8.2.1. *The Intangible Assets Monitor*

Sveiby centra la creación de valor en el capital humano de la organización. Todo lo que se crea en la empresa es valor de la personal, que encausa los flujos de beneficio reconocidos como activos inmateriales.

Los flujos de conocimiento nutren el inventario de intangibles.

Hay un esfuerzo de traducir en balance y cuenta de pérdidas y ganancias el estado patrimonial inmaterial y los flujos (el conocimiento).

A diferencia del ejemplo Kaplan-Norton, Sveiby da un salto de cualidad en cuanto no se limita a agregar instrumentos no financieros a los financieros, sino que atendiendo a su premisa, que solo las personas crean valor, propone los indicadores de crecimiento y renovación, estabilidad y eficiencia que los reflejan.<sup>404</sup>

---

404. CRAVERA-MAGLIONE-RUGGERI, Op. cit, p 56: “La aproximación de Sveiby resulta convincente, en cuanto parte de una concepción antropocéntrica de la empresa, donde las personas creadoras y distribuidores de conocimiento, son las fuentes de valor y de beneficios”. No obstante lo cual, también sea dicho, la estricta concepción de Sveiby parece adecuada a organizaciones, como consultings, basadas exclusivamente en el conocimiento, mientras que descuida el valor añadido real que se produce por personas que no pueden entrar en la categoría de capacidad profesional, Mayo, Op. cit, p 63.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

### Indicadores de crecimiento/renovación

- Años de profesionalidad
- Nivel de educación
- Inversión per cápita en formación
- Porcentaje de facturación invertida en formación
- Graduación de los empleados
- Estabilidad y rotación de empleados
- Capacidad ante la clientela

### Indicadores de eficiencia

- Proporción de profesionales
- Proporción de ingreso generador por profesionales
- (Leverage effect)
- Valor añadido por persona

### Indicadores de estabilidad

- Edad promedio
- Antigüedad
- Rotación y salida del personal
- Niveles salariales

El desarrollo de Sveiby es sumamente atractivo porque establece una ratio justificativa del estado invisible de las cuentas de la organización, en materia interna o externa y con respecto al capital humano.

La persona es la fuente de beneficios de la organización en cuanto tal son activos que originan flujos de renta y valor.

La idea central es que la producción humana puede analizarse como la creación y distribución de conocimiento por activos inmateriales, precisamente las personas empleadas en la organización.

La atención al capital humano, como activo, y las interacciones entre sus componentes, como flujos, atiende, en modo no tradicional, el valor estático y dinámico de la creación de renta en la organización y su atribución al personal empleado.

La medida del capital humano puede referirse a cuantías o percepciones, a cantidad o a cualidad en el tiempo. Los flujos de conocimiento y los activos inmateriales no son financieros, sino no financieros, sin perjuicio de lo cual, pueden admitir mediciones

financieras, siempre que, al mismo tiempo, se acepte que, por su naturaleza, la “moneda es una mera aproximación para el esfuerzo humano”, y las normas contables no iluminan, sino al contrario, aquellas actividades que se basan en bienes inmateriales para su capitalización.

Pero, además, siendo el fundamento la coparticipación en la creación de valor, mediante el conocimiento codificado y compartido; resulta más claro que el capital humano y la organización son ambos coposeedores de la extracción del valor resultante.

### 1.8.2.2. *Human focus. El modelo Skandia*

El factor humano, en la perspectiva de L. Edvinsson, sostiene el capital intelectual: una empresa infeliz es una empresa sin valor; una empresa sin valores no tiene valor alguno.<sup>405</sup>

Los indicadores que permiten la medición de la persona son:

- Índice de Leadership (%) y de Motivación (%). Se trata de relaciones entre la cualidad de la gestión y la motivación del trabajador para alcanzar objetivos.
- Índice de fortalecimiento (de 1,000). Se trata de determinar el grado de autonomía o control que el trabajador experimenta en la empresa diariamente.
- Número de empleados.
- Número de empleados/número de empleados en empresas asociadas.
- Rotación de empleados.
- Antigüedad.
- Número de directivos.
- Número de directivos femeninos.
- Gastos de formación por empleado.
- Edad promedio.
- Porcentaje de empleados menores de 40 años.
- Tiempo empleado en formación.
- Número de empleados a dedicación completa.
- Edad promedio.
- Antigüedad
- Rotación.
- Gastos de formación
- Empleos temporales.

405. EDVINSSON, L.-MALONE, M., Op. cit, p 123.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

- Gastos de formación.
- Porcentaje de directivos con formación superior en empresas.

El modelo Sveiby y Edvinsson aspira a la medida del capital intelectual de la empresa, de la que el capital humano es una de las partes, si bien calificada de la más trascendente. Pero, no es un factor aislado, separado de la organización y los valores externos considerados, como la clientela o los proveedores.

Todos estos intangibles deben tomarse en cuenta para medir el capital intelectual y su coeficiente de eficiencia. Es este último el que indica el grado de calidad de la actividad desarrollada en el marco del capital intangible.

El capital humano es el eje conductor que influye sobre la organización y el denominado capital relacional.

### 1.8.3. Indicación financiera-económica

#### 1.8.3.1. *La valoración de seres humanos según Rolph y Break*

De cara al patrimonio neto de las personas es insuficiente valorarlo en cuanto a sus propiedades y deudas, porque es necesario contar con las capacidades de generar rendimientos de las personas contempladas como recursos.

El modo de obtener un estado completo del patrimonio neto exige incluir el valor capital de la propia personal.

El médico debería incluir su valor capital como fuente de servicios valorables. Un caballo se puede valorar en términos sus servicios futuros y así el médico.

Un impuesto sobre el patrimonio neto, para ser completo, debe valorar los seres humanos como fuentes de servicios valorables.

Los seres humanos no pueden ser comprados o vendidos. Hay una libertad que universalmente se deniega a los seres libres: no pueden venderse a otros. Los seres humanos son expresamente vendibles en el mercado en cuanto tales.

Pero, esto no significa que no pueda medirse el valor de la personal. Hay muchos activos físicos que ni se compran ni se venden.

Muchos de ellos, una vez nacidos, sirven solo a un propietario a lo largo de su vida útil. Muchos contratos de deuda quedan en manos del acreedor hasta la fecha en que vence el compromiso. Hay muchos activos vinculados sobre los cuales se aplica una valoración monetaria.

El hecho que una particular clase de activos –la persona- no sea comercializable no significa que su valoración sea imposible.

Supongamos que una persona, en su veintiún aniversario, recibe una asignación de 5000\$ de por vida. Si no hay ninguna duda que recibirá esa suma hasta el día de su muerte cabe preguntarse cuál será el valor monetario del derecho a percibir esa serie de importes con carácter vitalicio.

La cuantía máxima que el podría solicitar en préstamo sería una cantidad que pudiera pagar al acreedor de 5000\$ por año durante su vida, menos la prima de la póliza de seguro de vida, suficiente para devolver el préstamo al acreedor en caso de muerte prematura.

El valor actual de la cantidad que percibirá, hipotizando un tipo de interés del 5%, sobre la base de una expectativa de vida de 50 años, sería 91.290\$.

Esa cifra sería, no obstante, impensable. El prestatario podría disipar las sumas recibidas y dejar al prestamista sin su reembolso o devolución. O peor aún, que el prestamista tuviera un activo descomercializado por imposibilidad de vender en el mercado su contrato de duda. Esta pérdida de liquidez convierte dicho contrato en poco atractivo.

En realidad, el prestatario no podría conseguir, contra sus ingresos de 5000 al año, más 50.000\$, lo cual es inferior al valor actual financiero.

Primera conclusión: el valor monetario a colocar no puede ser menor que el importe que podría conseguirse de un préstamo contra su garantía. En límite inferior queda fijado.

A la inversa, el valor actual del ingreso futuro se debe computar al tipo de interés relevante para la persona: el tipo del préstamo, por ejemplo. El precio marginal de su ingreso de por vida nos dará el valor total, aunque no consiga ni pida todo el importe que considere justo o todo el importe que necesite.

Si yo vendo una vaca a 500 y poseo 1000, quiere decir que el valor total es 500.000, sin que necesite vender todo el ganado para comprobarlo.

Mayor dificultad implica determinar los rendimientos de una persona durante el período de actividad productiva. Es difícil, pero, no es fatal.

El límite inferior, es que el valor capital de una persona no puede ser menos que la suma que puede conseguir hipotecando su poder de obtener ganancias futuras a sus acreedores.

Aceptadas todas las restricciones legales puede entenderse que el valor de la ganancia personal futura no puede ser inferior a lo que otros quisieran pagar.

La medida del capital humano se puede establecer a través de distintas soluciones aproximativas.

Primero, el promedio de renta de los años precedentes, digamos cinco, y una fórmula que considere la expectativa de trabajo de la personal, la tendencia del ingreso monetario en su trabajo de cara al futuro y un tipo de interés.

La Administración fiscal puede fijar una tabla basada en el interés compuesto dando el valor actual de los rendimientos proyectados desde el promedio de los anteriores y la tendencia del sector donde trabaja.

## EL CAPITAL HUMANO

Segundo, el período anual de renta puede proyectarse al período de expectativa de trabajo y descontado.

Aunque sea arbitrario, peor es la alternativa que no toma en cuenta el poder personal de obtener renta, puesto que tal “disciplina presupone que el poder de ganancia personal está distribuido igualmente entre todas las personas”.<sup>406</sup>

La tesis de Rolph-Break, adecuada para justificar el impuesto sobre el patrimonio neto al capital humano, también, sirve para establecer que el hombre como la máquina tiene una vida útil limitada, finita, que exige amortización para mantener intacta su capacidad o poder de rendimiento futuro.

Pero, siendo útil el concepto de capital humano para cualquier ser humano, es inevitablemente, necesario para aquel cuyo rendimiento tiene como fuente exclusiva su energía personal en relación de dependencia.

La necesidad de protección (constitucional) fiscal de la fuente de trabajo, con la finalidad de mantener y conservar los rendimientos producidos, instala en primer lugar la mejora del capital como elemento inmaterial amortizable.

El trabajo subordinado, coposeído en la organización, aumenta la creación de valor por la mejora técnica, formativa, experiencia. Y esta aplicación de la renta supone un coste para la obtención del rendimiento susceptible de amortización del propio capital humano- al que perfecciona.

El valor del capital humano dependiente no puede asimilarse, sin matices, al que deriva de la posesión y disfrute del capital mobiliario o inmobiliario o de la actividad profesional independiente o autónoma. La principal diferencia, en términos objetivos, radica en que el capital humano dependiente solo es fructífero en la organización. Por tanto, su valor y el que contribuye a crear, tiene una frontera determinada que le viene impuesta desde fuera, externamente. La pérdida del empleo significa la pérdida del fruto del capital laboral y, eventualmente, la pérdida definitiva de la capacidad de dicho capital de generar rendimientos.

La ejemplificación de Rolph-Break se basa en la justificación del capital humano empresarial o profesional. Y si esto es aceptable, en cuanto a sujeción al impuesto sobre el patrimonio neto; no lo es menos, discriminar la situación del trabajo dependiente, que solo es valorable *pari passu* su mejora y su empleo: en caso contrario, se impone el desvalor del capital humano, porque sin formación ni ocupación, será nula o inexistente su capacidad de generar rendimientos.

406. ROLPH, E.R.-BREAK, G.F., *Public Finance*, New York, 1961, p 200.

### 1.8.3.2. *El Informe Carter sobre el Impuesto sobre la Renta*

En el Informe Carter se plantea el interrogante sobre si el fisco debería tratar el capital humano del mismo modo que los bienes de producción.<sup>407</sup>

Si se sigue este criterio, afirma, sería necesario deducir del rendimiento de cada puesto de trabajo los gastos que exige el mantenimiento del trabajador y sería necesario, igualmente, tener en cuenta la depreciación de la salud, de la fuerza y de los conocimientos del trabajador para determinar su renta neta imponible.

“Esta concepción no conviene en un sistema tributario según nuestro criterio. El único fin de la amortización es permitir la recuperación de los gastos ocasionados a fin de determinar el rendimiento neto.

Aunque nadie negaría que es necesario gastar dinero para educar a un ser humano, los gastos ordinariamente son a cargo de los padres y de la sociedad en general y no del particular que reclamaría la desgravación (como ocurre cuando adquiere bienes materiales)”.

El comentario del Informe Carter no es suficientemente preciso. La noción de capital humano amortizable, en mi opinión, debe afrontarse en un territorio claramente determinado, cual es el de la formación, aprendizaje, experiencia del trabajador. Bien es cierto que la renta del trabajo, por su propia naturaleza, admite y solicita que se considere la salud de la fuente (de la persona física) así como su permanencia o retiro del sistema económico. Pero, esto dilataría hasta su inviabilidad el concepto de capital humano en sentido estricto, es decir, como activo intangible de la organización, sin perjuicio de su calificación como renta favorecida ante dichas circunstancias, sea como exención o no sujeción, hasta su reinserción laboral.

El conocimiento del trabajador, en ocasión de su formación en y desde la organización o el aprendizaje por la acción (learning by doing) son mejora amortizable del capital humano, así como conforman un gasto amortizable para la organización, en el coste colectivo practicado.

### 1.8.3.3. *J.M. Dodge. Capital Humano vs. Inversión*

El capital humano, según Dodge, es la capacidad de ganar-salarios. La adquisición (nacimiento, educación) del capital humano no está gravada y la disposición (muerte, incapacidad) del mismo es ignorada, v.g. no hay bases de amortización o pérdida.

La renta solo queda sujeta cuando se obtiene. El tratamiento fiscal de la inversión en capital humano no puede describirse con precisión, es algo amorfa.

407. Informe Carter, Impuesto sobre la renta, Madrid, 1975, Vol II, p 50.

## EL CAPITAL HUMANO

El capital humano presumiblemente deriva de los genes, alimentación, educación, amor familiar e influencias, amistades y experiencia. Pero, todo ello se adquiere mediante transacciones fuera de mercado, o, gratuitamente y/o mediante transacciones que son un mixto de “inversión, consumo ordinario personal e inversiones que posibilitan conseguir más satisfacción del trabajo y ocio en el futuro”.

Es prácticamente imposible calcular una base de Coste del Capital Humano y, dado que el ingreso no es renta íntegra, no hay bases para su inclusión. Aún si puede determinarse las bases de capacidad de renta no queda en claro si los componentes son ordinarios, aplicables a un corto periodo, o, a lo largo de la expectativa de ganancias del contribuyente hasta su jubilación o en lo que queda de vida.

Debe afirmarse que, al menos, el gasto en educación es identificable y debería depreciarse a lo largo de un periodo determinado. El fundamento consiste en que alguna educación es un activo de “empresa” separado y aparte de la persona. La distinción entre persona y propiedad debe insertarse en la capacidad de la cosa para su transmisión. La educación profesional no parece que satisfaga esta condición. Aunque la oportunidad educativa puede comprarse en el mercado se mezcla con otros atributos de la persona (ambición, cultura, personalidad, etcétera).

Aún si se la considera como propiedad, existiría la dificultad de conocer cuales de los gastos educativos pueden calificarse para la amortización, y, al tiempo, establecer la clase o método que refleje la verdadera disminución de valor del activo.<sup>408</sup>

La conclusión de Dodge es que la adquisición de capital humano está motivada por factores no económicos. Es difícil reprochar al sistema fiscal alguna preferencia o discriminación respecto a la inversión en capital y aunque así fuera no puede solicitársele que sea ni el diablo ni el redentor.

Dodge, apunta algunas cuestiones que entran en contradicción con su final.

Primero, la noción de capital humano se puede describir en su aptitud para obtener o aumentar su capacidad salarial. Por tanto, es obvio, que para el autor, el capital humano considerado es el del trabajo por cuenta ajena.

Es un ámbito excesivamente restringido, porque deja fuera el capital humano autónomo, de la persona física profesional, agricultor, o empresario.

Segundo, la noción de capital humano no puede fundarse en todo lo que hace al ser humano, incluido la genética. Es menos extensivo que todo eso. La aptitud del trabajador por cuenta ajena o autónomo para incrementar su renta potencial mediante el conocimiento, sea por educación o por experiencia.

408. DODGE, J.M., *The logic of Tax*. Federal Income Tax Theory and Policy, Minnesota, 1989, p 324-325.

Tercero, Dodge admitiría la amortización del gasto educativo si éste fuera un activo separable de la persona. Pero esto es el fallo, si se permite. El activo no es la formación, sino la persona a cuyo valor contribuye en términos de mayor oportunidad salarial o ingresos profesionales: lo que es separable es el fruto del capital humano, sea en coposición o en plena propiedad de su titular.

No parece, a la luz de las actuales contribuciones, que cuantificar y calificar el valor añadido de cada trabajador o profesional sea una actividad inalcanzable.

Ese valor capital a determinar podría, perfectamente, ser objeto de amortización en función directa de su conocimiento, tanto su grado educativo como la experiencia.

Vale la pena recordar que en el antiguo IRPF, de las rentas exentas, las más significativas eran las que compensaban la pérdida o deterioro del capital humano, sobre todo, del que estaba vinculado a la producción de rendimientos por cuenta ajena. La exclusión de las indemnizaciones contemplaba el reconocimiento de la pérdida o deterioro del capital humano (LIRPF derogado art. 3.4). La pérdida de salarios futuros (o beneficios profesionales) facilita el propósito fiscal de restauración o reposición del capital humano aunque sea exclusivamente en la vertiente indemnizatoria por accidentes o despido o cese del trabajo (derecho a la salud y al trabajo). Y en el IRPF actual la reducción general antes de su cómputo neto puede leerse como cuota amortizable.

## 2. EL CAPITAL HUMANO DEL TRABAJADOR

La persona física es la fuente, el capital, de la que surgen los frutos o utilidades presentes y futuras de su trabajo por cuenta ajena: fruto o resultado que exhibe la concurrencia posesoria entre el trabajador y la empresa.

El capital humano es un activo intangible que ofrece una vida útil limitada, es de utilización plurianual y aunque afectado a la organización económica no es de su propiedad.

La disciplina del trabajo en relación de dependencia no puede omitir que una proporción del rendimiento que genera no es rendimiento neto, sino una fracción de la usura o desgaste de la fuente que lo produce y, a veces, reembolso del capital. La persona

## EL CAPITAL HUMANO

física es una máquina de vida útil limitada, de aplicación productiva tendencialmente de más de un año, y que, en consecuencia, postula la reposición, mediante la conformación de un fondo de amortización que permita compensar la pérdida de valor o su depreciación de ciertos de sus elementos determinantes de su rendimiento futuro; o su devolución, si cabe, en base a la autonomía que se le concede.

El trabajador invierte en la conservación y mejora de su propio capital personal que es inseparable del individuo y lo hace en términos de conocimientos, habilidades, valores.<sup>409</sup>

Y la instrucción y formación acumulan el fondo de capital (humano) disponible para su empleo. El trabajador invierte en la organización la suma de lo que conoce, de todo lo que sabe hacer, de todo lo que podría convertirse (T.A. Stewart).

La puesta a disposición del capital personal en la organización enuncia una simetría con los otros intereses en causa: el accionista que coloca su capital, el proveedor que facilita el suministro, el cliente que confía en el bien o servicio y, también, los demás inversores que financian o soportan el funcionamiento de la misma. Pero, la intensidad de los intereses no es la misma.

Al límite, las empresas tienen dos clases principales de inversores de capital propio: los accionistas que proveen capital financiero y los trabajadores que proporcionan el capital humano: que invierten su propia energía en la empresa.<sup>410</sup>

La retribución del capital del trabajo no puede ser distinta de la que se confiere al capital financiero. Por un lado, el fruto (salarial) análogo al interés o dividendo del capital mobiliario. Por otro, su legítimo derecho a la participación como capital de riesgo en la empresa mediante acciones. Y, por último, la amortización del individuo poseído “con el mismo título que una máquina (R. Howell).

### 2.1. EL GASTO AMORTIZABLE

El gasto amortizable del capital humano asalariado vincula exclusivamente a su titular, la persona física, que presta su trabajo en relación de dependencia.

El perímetro amortizable no es total, sino, dirigido sustantivamente a la obsolescencia del capital humano que queda fuera de uso en razón del progreso técnico.

En efecto, la universalidad de la seguridad social propende a la protección pública del trabajador por enfermedad, invalidez, vejez.

409. CALABRÓ, A., *Il Capitale*, Milano, 2001, coord. G. BECKER, *Le nuove ricchezze: istruzione e formazione*, p 43.

410. STEWART, T.A., *La ricchezza del sapere*, Milano, 2002, p 315 del original *The Wealth of Knowledge*, 2001.

Los rendimientos del trabajo pueden reproducirse más allá del gasto de la energía laboral del sujeto individual, precisamente, porque a ello coadyuva como elemento de justicia la extensión de la seguridad social.<sup>411</sup>

La obsolescencia del capital humano asalariado se perfila exclusivamente en torno a su aptitud para que su conocimiento específico garantice la generación de valor en la organización a través de su actualización permanente. El gasto amortizable no es toda la necesidad del trabajador, sino, solo y especialmente, su conocimiento aplicado a las demandas de la organización.

La depreciación en la actividad, su desuso, por carencia de capacidad o competencia en el trabajo. “La capacidad –dice Mayo- es la esencia de capital individual personal – su propio capital humano-. Es lo que puede alquilar o vender a un empleador o capitalizar mediante el trabajo autónomo”.<sup>412</sup>

La capacidad es el resultado del conocimiento, de la educación, de la experiencia, de la habilidad adquirida. El valor amortizable del capital puede sintetizarse en la capacidad o competencia del trabajador en la organización.

La persona física es la fuente del rendimiento del trabajo, goza de una vida útil limitada, para la cual solicita la constitución de un fondo de amortización para conservar intacto el capital. La competencia laboral entendida en sentido amplio y comprensivo de educación, experiencia, habilidad adquirida y conocimiento empírico supone el reconocimiento de la dotación por amortización de esa parte del capital consumido para su ordinaria reposición.

La capacidad de actuar, el incremento de valor del capital humano, por información o tradición, en el aprendizaje o en el aprendizaje desde la práctica. Todo esto conforma la educación de la persona en su aptitud para comercializar la mercancía que produce su energía personal: la teoría del capital humano se basa en que el trabajo es una cosa que se compra o vende en el mercado, y cuyo valor está relacionado con la inversión que realiza su titular para mejorar sus frutos (rendimientos), y que aumenta con el talento especializado.

La autoformación, mediante el *learning by doing* o la educación voluntaria tiene por finalidad sumar calificación al producto del trabajo personal. Los costes y beneficios de la inversión en conocimiento permiten deducir la rentabilidad esperada del esfuerzo.

La inversión emprendida por la persona física en si mismo, capaz de reflejar la calificación, la experiencia, en suma, el know-how del trabajador supone un desembolso, directo o indirecto, en su capital humano proyectado como utilidad futura.

411. MAFFEZZONI, F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, p 101; PARRAVICINI, G., *Scienza delle finanze*, Milano, 1970, p 233.

412. MAYO, A., Op. cit, p 88.

---

 EL CAPITAL HUMANO
 

---

Y es la exigencia permanente de know-how laboral la que impone, so pena de obsolescencia, el reconocimiento del consumo del capital humano que debe reponerse sistemáticamente a lo largo de la vida del trabajador.

El gasto histórico de la persona física, sea en educación voluntaria o mejora profesional, es necesario para la obtención del rendimiento del trabajo y justifica su activación y amortización.<sup>413</sup>

No es temerario hipotizar una dotación amortizable que exprese la depreciación padecida por el conocimiento específico del capital humano prestado en relación de dependencia, atendiendo su reposición al final de su vida útil en la actividad productiva. En otro caso, el rendimiento neto derivado del capital humano no refleja el consumo del propio capital, o sea, “el agotamiento de la fuente que produce el rendimiento”.<sup>414</sup>

En suma, el activo intangible que representa el trabajo subordinado corresponde a la capacidad de actuar específica que alcanza su pleno valor de uso en un ámbito y puesto determinado. Esa capacidad de actuar tiene más valor a menor posibilidad de transferencia a otro ámbito o empleo y está estrictamente vinculada a la formación y aprendizaje del individuo.<sup>415</sup>

El capital humano pertenece a su titular, no siendo propiedad de la organización ni susceptible de apropiación dominical. La organización concurre, con el trabajador, en la posesión de los frutos o resultados del trabajo. Por lo tanto, la amortización es un gasto deducible que solo tendría como sujeto al trabajador, en su propia liquidación de la renta.

La propiedad del capital del trabajador está en el propio individuo. Si hubiera alguien legitimado para reponer la usura del capital es la persona física, si bien, en los términos de aplicación de su propio esfuerzo a la educación o aprendizaje.

## 2.2. EL ACTIVO DEL TRABAJO COLECTIVO

La organización invierte, también, en su fuerza de trabajo, sea mediante programas específicos de formación, planes de compensación, sistemas de reparto de información

---

413. PREST, A.R., *Public finance in theory and practice*, London, 1960, p 279, aunque con reticencias a la hora de distinguir el rendimiento derivado de la autoformación del de las cualidades naturales.

414. FORTE, F., cit, p 408.

415. BECKER, G., *Human Capital*, New York 1964, distingue las competencias genéricas, transferibles de una a otra industria o de una empresa a otra; las competencias específicas al sector de actividad y las competencias específicas en la organización. La empresa tiene interés en valorizar el capital humano específico porque aumenta su propio valor, limitando, al mismo tiempo, la posibilidad de transferencia del trabajador a otra organización.

entre los trabajadores o codificando en conocimiento expreso el que es tácito de cada uno de ellos. Este gasto no implica que se cree un singular activo amortizable. El futuro beneficio que la organización se procura de la (mayor) calificación de la fuerza del trabajo. Pero, sin que dicha coposesión suponga la posesión y o propiedad del activo que le sirve de fuente. La organización nunca deviene propietaria o poseedora del capital humano individual.

Esto no significa, por supuesto, que los beneficios derivados de los gastos de personal, el coste de selección, permanencia, formación, no resulten creadores de valor organizacional en cuanto sirven para el aumento de productividad por empleado. Así, afirma Lev, las políticas y prácticas en recursos humanos, tales como, los programas de calidad de gestión, el trabajo en equipo y el premio o prima a la habilidad o reparto de beneficios, pueden crear activos intangibles, habida cuenta que generan ganancias que exceden los costes de dichos programas.<sup>416</sup>

Pero, es un activo intangible colectivo, que no singular, cuya fuente no es la persona física, sino, la fuerza de trabajo total empleada.

El valor colectivo del capital humano es un bien inmaterial creado por la organización, pero, que no interfiere con la idea básica que se construye a partir del activo intangible del individuo, que es intransmisible como tal.

El capital humano colectivo es distinto del que pertenece a cada persona, puesto que conlleva un resultado del trabajo en común que no es factible individualmente. La producción del trabajo colectivo es obra de la organización y, entonces, la fuerza de trabajo puede convertirse en inversión positiva y fuente de utilidad futura, en suma, otro intangible que está bajo la posesión organizacional, una forma distinta de know-how. La productividad que trae por causa la inversión en la calificación del trabajo colectivo; eso que lleva a cada uno a producir más que lo que lograría individualmente, es mérito de la organización en términos de selección, contratación, formación y permanencia.

El trabajador calificado y el trabajo social calificado representan secuencias del mismo proceso: primero, un mayor valor de la persona humana en si misma por la vía del conocimiento y una socialización del conocimiento individual en un conjunto de personas bajo la organización y dirección de otro; segundo, un capital, individual y social, de duración limitada cuyo valor está condicionado por la adaptación y adecuación permanente del conocimiento para evitar, en ambos casos, la obsolescencia. Un esfuerzo, en suma, individual y social tendente a neutralizar la usura o desuso del capital (humano).

La doctrina recoge la fuerza de trabajo organizada como activo intangible basado en el capital humano: la presencia de una mano de obra calificada que es concedora de los

416. LEV, B., Op. cit, p 74.

## EL CAPITAL HUMANO

procedimientos de la organización y posee experiencia en ciertos ámbitos que son vitales para la rentabilidad y el crecimiento continuado (assembled workforce).<sup>417</sup>

La fuerza de trabajo organizada tiene un valor separado y mensurable. El método comúnmente utilizado es el coste de sustitución. El coste para reemplazar la fuerza de trabajo organizada, que incluye los costes de selección, contratación y entrenamiento o formación. Estos costes se expresan normalmente como un porcentaje de la masa salarial total por empleados, conforme a sus diferentes niveles y antigüedad. Los costes estimados de selección, contratación y formación se multiplican por el salario histórico total que corresponde a los diferentes grados de trabajadores, cuyo resultado será el valor de la fuerza de trabajo organizada.

Ese valor indica el activo intangible de capital humano de la organización.<sup>418</sup>

En consecuencia, el capital humano colectivo o social es un activo inmaterial de la empresa, que debe autorizar su consideración como gasto amortizable en base a la consistencia plurianual que le define, por su coste de reemplazo.

Y si ello es razonable para la organización no puede serlo menos para el individuo, al fin y al cabo, es el portador del primer y fundamental activo: él mismo y su conocimiento.

### 2.3. EL VALOR DEL CAPITAL DEL TRABAJO

La amortización del intangible colectivo: la fuerza de trabajo organizada, como v.g. en la Section 197 IRC, en base a la experiencia, educación o aprendizaje acumulada de la plantilla, su antigüedad y los vínculos contractuales, comporta desplazarse al valor del capital humano individual y la susceptibilidad de la amortización para su titular. La pérdida o deterioro de la fuente de trabajo subordinado no goza de beneficio amortizable alguno, sea por mero transcurso del tiempo, obsolescencia o, aún, muerte. La destrucción del capital (humano) es desconocido en la norma tributaria. A la inversa, resulta gravada la ganancia patrimonial que resulta de su mayor valor capital (humano), por ejemplo, los rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular y que se imputen en un único periodo impositivo (LIRPF art. 17.2). Hay una clara asimetría en el tratamiento, en la medida que la pérdida de valor capital no está calificada, mientras que si lo está la ganancia (irregular) de capital humano.

En buena lógica, si se considera la ganancia patrimonial debería aceptarse la pérdida o depreciación de la fuente de rendimiento. La diferencia entre renta permanente

417. SMITH, G.V.- PARR, R.L., Op. cit, p 593.

418. REILLY-SCHWEIHS, Op. cit, p 403.

(renta de capital) y transeúnte (renta de trabajo), como ya se afirma en la doctrina clásica, debido precisamente, a la conservación y reposición del valor capital de su titular.<sup>419</sup>

El valor del capital humano en términos de conocimiento y antigüedad no es ni puede ser matemáticamente igual entre los que integran la fuerza de trabajo organizada. Los costes de formación no son similares ni las oportunidades de rendimientos o la función y responsabilidad en la organización.

La principal diferencia puede establecerse entre el trabajo dirigente y dirigido, en la expresión de Schumpeter, donde al primero viene atribuido “alguna cosa de creador, se pone los límites a si mismo y cumple una función particular consistente en la toma de decisiones.”<sup>420</sup>

Desde la organización colectiva de la fuerza de trabajo puede desprenderse la importancia de la función de gobierno, de aquella de ejecución o sometida a la dirección de otros. Por un lado, porque identifica valores capitales distintos y, por otro, porque el gobierno determina una fuente específica de renta de organización que tiene por causa exclusivamente la actividad de dirección o gobierno de la empresa.<sup>421</sup>

El gobierno apareja una ventaja de control de la dirección en relación a los trabajadores, inversores, proveedores, clientes, que, normalmente, se traduce en una apropiación de la renta organizacional que contribuye a generar su capacidad de iniciativa (poseedores de aptitudes excepcionales).<sup>422</sup>

Los frutos del trabajo proceden del capital (humano) matriz del trabajador. La conservación de la sustancia solicita la inversión en educación, experiencia, en suma, conocimiento activo. El capital humano es la acumulación continua de capacidad de actuar en el actividad económica. En particular, la educación o el aprendizaje de la experiencia requiere –como en el caso del capital físico o material- el consumo de ahorros.

El tratamiento del capital humano asalariado debería ser por lo menos igual, si no mejor, que el del capital material, si se parte del principio que la acumulación del mismo, junto con I+D, sostienen el valor añadido permanente del sistema económico.<sup>423</sup>

419. MEADE, J.E., *The structure and reform of direct taxation*, London, 1978, p 39-40.

420. SCHUMPETER, J., *Théorie* cit, p 24.

421. GATES, S., en LEV, Op. cit, “la mayor parte de la cadena de valor de la empresa depende críticamente de sus equipos de empleados claves”, p 182.

422. CASTANIAS, R.-HELFAT, C., *Managerial resources and rents*, Journal of Management, 1991, p 155.

423. SLEMROD, J.-BAKIJA, J., *Taxing ourselves*, MIT, Cambridge, 2000, p 124 ...” Además, hay razones para creer que el tratamiento fiscal del capital humano debe ser más generoso que el acordado al capital físico”.

## EL CAPITAL HUMANO

El fruto del trabajo no se reconoce como renta del capital que le sostiene y ello con carácter más amplio limita la capacidad de adquisición de su titular. Por ejemplo, ofrecer como garantía de créditos o préstamos los rendimientos laborales futuros. Pero, los frutos del trabajador son idénticos a los procedentes del capital. Lo que sucede es que el bien-capital o cosa-madre no es sino el individuo: los frutos como los rendimientos que una cosa (el trabajo) permite obtener.

Y, compartiendo la doctrina civil relativa, puede corresponder o no al titular de la cosa (conurrencia posesoria en el empleador). Y el rendimiento participa de los elementos propios del fruto: periodicidad, conservación de la sustancia y no alteración del destino de la cosa productora.<sup>424</sup>

La conservación de la sustancia es el principal eje del capital del trabajador. Y todo lo que le supone un aumento o incremento de patrimonio le beneficia y, al contrario, la pérdida o disminución patrimonial le perjudica.

La conservación de la sustancia depende del sistema de seguridad social –accidente, incapacidad, muerte–; de la organización –cambio de trabajo por falta de progreso u oportunidades, reestructuración–; del propio individuo, obligándose a la reposición del conocimiento depreciado, devaluado, perdido.

Hay una fracción del capital humano cuyo desvalor trae por causa la ausencia de progreso en el sentido de recuperación de capacidad de actuar que se desgasta o cae en desuso.

La depreciación del activo humano que interesa es la obsolescencia por quedar fuera de uso: el individuo que sin agotar su vida física útil resulta eliminado de la actividad económica porque su valor residual es mínimo o nulo. Es un activo envejecido prematuramente por pérdida de conocimiento, por la destrucción de su capacidad de actuación.

La depreciación experimentada en un periodo, representa el consumo del capital humano susceptible de amortización, a lo largo de su vida útil, hasta completar su valor de reposición. Una amortización que, por fuerza, será creciente, puesto que, previsiblemente, la pérdida de valor será menor en los primeros años y mayor en los últimos.

Pero, la conservación de la sustancia, el valor capital del trabajo, cualquiera que sea el método, postula una cuota amortizable a lo largo de su ejercicio porque es igual añadir valor al capital material o físico que hacerlo con el capital humano, la cosa-madre que es el origen de los rendimientos.

La amortización no es más que el efecto lógico de invertir en uno mismo, la cantidad destinada por el trabajador para su capitalización mediante la conservación de su capacidad de actuación, en lo que depende de su propio esfuerzo.

424. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Com. C.c., 3, p 132; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, p 833.

## 2.4. LAS REDUCCIONES

La reducción es el medio utilizado por el legislador para afrontar la disciplina de las rentas irregulares –excepcionales- y plurianuales, “que corresponden a varios años y se perciben concentradas en uno solo”.<sup>425</sup>

La reducción pretende corregir la progresividad de la tarifa mediante un coeficiente corrector porcentual que disminuye la renta antes de proceder a su incorporación a la base imponible. “en el caso particular de los rendimientos de trabajo, la corrección se practica sobre los rendimientos íntegros, es decir, antes de deducir de los ingresos irregulares, los gastos que resulten imputables a ellos”.<sup>426</sup>

La reducción, a la enseña de la simplificación, resulta un instrumento útil para promediar las rentas extraordinarias y plurianuales en el instante de su realización. Al margen de la opinabilidad que suscita la aplicación masiva de las reducciones objetivas y lineales en orden a la igualdad tributaria, que no es el tema; si es menester reconocer, al menos respecto a los rendimientos del trabajo, una idea subyacente que, con carácter genérico, puede denominarse la conservación de la fuente, la conservación del capital humano.

El capítulo de las reducciones, entonces, merece una aproximación compleja que superando la excusa de la simplificación, centre su objeto en la naturaleza jurídica de la reducción respecto a la fuente de renta de trabajo.

El capital humano transforma la energía personal en fuente de renta. El principio económico dicta que todo capital debe mantenerse indemne. El criterio de la conservación de la fuente. El capital, sea humano, técnico jurídico o monetario afirma R. Barre-debe mantenerse intacto; permitiendo la reposición o reconstrucción del capital inicial, al final de su vida útil.

La clave de la reducción del rendimiento de trabajo es que opera explícitamente sobre el rendimiento íntegro, que no neto, a diferencia, por ejemplo, de la dispuesta sobre los otros réditos donde la aplicación es sobre el resultado neto conseguido.

La reducción, en primer lugar, no comporta gasto deducible. Es un porcentaje de minoración previo a la conversión de la renta bruta en neta.

La explicación consiste en que el legislador provee forzosamente una cuota de renta para proveer a la formación y/o reconstitución del capital humano, ya sea en ocasión de que se realice alguna de las situaciones previstas como ganancias de capital derivadas del trabajo, como con respecto a supuestos directamente vinculados al ries-

425. SIMON ACOSTA, E.S., *El nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Navarra, 1999, p 37.

426. SIMON ACOSTA, E.S., *Op. cit*, p 160.

## EL CAPITAL HUMANO

go de vejez, invalidez, enfermedad, o sea, parafraseando a Boulding, al valor cambiante de los cuerpos.

La reducción, entonces, afectando el rendimiento íntegro es previo a su empleo, significando, en términos generales, la reconstitución del capital que ya se tenía, sea al final de su utilización –jubilación, fallecimiento, resolución de la relación laboral–; por invalidez, incapacidad permanente, lesiones, o, la realización de alguna ganancia patrimonial que incrementa el valor capital actual de sus futuros rendimientos -indemnizaciones por traslado, concesión de opciones de compra sobre acciones, premios.

La reducción puede concebirse como una cuota de amortización constante respecto a determinados supuestos que pretende la recuperación, conservación y reposición del capital del trabajador.

Solo una vez que se aplica la reducción amortizable procede depurar el fruto íntegro mediante los gastos deducibles sostenidos para su obtención en el marco tasado de la norma legal. La minoración opera sobre el mantenimiento y recuperación de la fuente, que no de sus rendimientos netos.

De modo que la secuencia legal, en esta perspectiva, parte del capital humano del trabajo proponiendo su reducción amortizable del producto íntegro en determinados porcentajes fijos. Una vez aplicados éstos, procede la transformación de la renta íntegra en neta para su aplicación en consumo o ahorro o inversión.

### 2.4.1. Las reducciones de los rendimientos irregulares

Las reducciones que establece el LIRPF son las siguientes:

Primero, se prevé una reducción del 40% a partir de la Reforma de LIRPF- para aquellos rendimientos de trabajo que tengan un periodo de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica. Esto también se aplica a los rendimientos calificados como irregulares reglamentariamente: indemnizaciones por traslado de centro de trabajo, prestaciones por lesiones no invalidantes, incapacidad permanente, fallecimiento y gastos de sepelio, compensación o reparación de complementos salariales, pensiones, anualidades de duración indefinida, modificación de las condiciones de trabajo; resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral; premios no exentos; concesión de opciones de compra ejercitables después de dos años (RIRPF art. 10.1).

#### 2.4.1.1. *La reducción general*

Se aplica la reducción general del 40% cuando los rendimientos de trabajo tienen un periodo de generación superior a dos años y no se obtengan de forma periódica y recurrente.

Si la percepción del rendimiento se efectúa de forma fraccionada solo es renta irregular cuando dividiendo los años de generación entre los años de fraccionamiento el resultado sea superior a dos años.

La cuantía del rendimiento sobre el que se aplica la reducción no puede superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual (17.900 euros) por el número de años de generación del rendimiento.

La pregunta a formular responde al plazo fijado de generación de más de dos años. En efecto, la renta irregular es una ganancia patrimonial y su disciplina o se encuadra dentro del periodo impositivo o, en su defecto, lo excede. Si así fuera, se trataría de una ganancia de capital de largo plazo, sometida al tipo proporcional del 15%. Esto cambiaría la naturaleza jurídica de la reducción, de cuota amortizable del capital de trabajo, operando sobre el rendimiento íntegro, en un sentido distinto al de la ganancia patrimonial de largo plazo que se resuelve en un tipo proporcional sobre el rendimiento neto.

La diferencia de tratamiento coadyuva a reforzar la función amortizadora de la reducción en tanto que crece el valor actual del capital de futuros rendimientos, a un determinado tipo de descuento, en suma, incrementándose su valor capitalizado o valor de renta.

Por otra parte, cabe una referencia al límite establecido a la reducción respecto a la cuantía del rendimiento que resulta de multiplicar el salario medio anual del conjunto de declarante en el IRPF por el número de años de generación.

De acuerdo con el artículo 10.4 del RIRPF el salario medio en cuestión asciende a 17.900 euros. Sin perjuicio de aceptar la crítica expuesta relativa a que parece más apropiado referirse al salario medio del declarante que al salario medio anual del conjunto de declarantes del IRPF <sup>427</sup>; interesa destacar una consecuencia de la cifra salarial que puede aportar claridad al valor capitalizado del trabajo.

El valor capitalizado consiste en una fórmula que tiene la siguiente expresión:

$$\text{Valor Capitalizado} = \text{Valor en renta o valor de rendimiento} = \frac{\text{Rendimiento neto anual}}{\text{Tipo de descuento}}$$

Como tipo de descuento se recomienda tomar la tasa de rendimiento de la deuda pública aplicando una prima de riesgo del 50%.

Valor capitalizado del salario medio anual de 17.900 euros

$$i = 6\% \text{ (rendimiento de deuda pública a largo plazo } 4\% \text{ más } 50\% \text{ de prima de riesgo)}$$

<sup>427</sup>. GARCÍA NOVOA, C., *Las deseables modificaciones de la fiscalidad de las stock options en la nueva ley del IRPF*; El Fisco, 78.

---

 EL CAPITAL HUMANO
 

---

Valores Capitalizados  $\frac{17.900}{0.06} = 298.333$  euros

El salario medio anual de los declarantes indica un valor capitalizado de 298.333 euros. Este es el valor capital del trabajo y por tanto la referencia precisa para establecer la cifra amortizable y, asimismo, la eventual sujeción del activo al Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.<sup>428</sup>

#### 2.4.1.2. *Las reducciones especiales en los sistemas de previsión social*

Las reducciones especiales en los sistemas de previsión social solo se aplican a las prestaciones percibidas en forma de capital consistente en una prestación de pago único.

La reducción es del 40% cuando se trata de prestaciones de la Seguridad Social, de Mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegio de huérfanos, de los planes de pensiones y de las Mutualidades de Previsión Social (incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, orfandad, etcétera).

La condición temporal exigida es que hayan transcurridos más de dos años desde la primera aportación, plazo que no será exigible en el caso de prestaciones por invalidez.

Las reducciones son diferentes en cuanto se refiere a prestaciones percibidas en forma de capital por los beneficiarios de seguros colectivos.

Las prestaciones de jubilación reducen el rendimiento íntegro en cuanto las aportaciones de los empresarios hayan sido imputadas a las personas a quienes vinculan las prestaciones en los siguientes porcentajes:

- El 40% para los rendimientos que corresponden a primas satisfechas con más de dos años de antelación a su fecha de percepción.
- El 65% para los rendimientos correspondientes a primas satisfechas con más de cinco años de antelación a su percepción.
- El 75% para los rendimientos que corresponden a primas satisfechas con más de ocho años de antelación a la fecha de percepción.
- El 75% para los rendimientos de las prestaciones cuando hayan transcurrido más de doce años desde el pago de la primera prima y las primas satisfechas guarden periodi-

---

428. SEPÚLVEDA, P.-TORNABELL, R., *Estrategia Financiera*, Barcelona, 1983, p 64, el valor capitalizado, aunque extrapolado de la elaboración de los autores, tiende, según los mismos, a las expectativas y se dejan de lado los valores de bienes y derechos. Cuando mayor sea el tipo de descuento menor será el valor capitalizado.

cidad y regularidad suficiente (su periodo mínimo de permanencia es superior a seis años).

La diversa estructura del coeficiente reductor apoyado en la temporalidad del contrato y su mayor o menor extensión a lo largo de los años viene a acentuar la lógica de la amortización creciente a medida que se aproxima el cese de la utilidad del capital de trabajo. Es lógico que la aproximación al cese de la actividad traiga aparejada el aumento de la cifra amortizable de los rendimientos a percibir.

Las prestaciones de invalidez en forma de capital, en cuanto el empleador haya imputado sus aportaciones a los que se vinculan las prestaciones, observan las siguientes reducciones:

- El 65% para las prestaciones de invalidez absoluta y permanente para todo trabajo y gran invalidez.
- El 40% en los demás casos de invalidez, como mínimo.
- El 75% cuando las prestaciones por invalidez deriven de contratos concertados con más de doce años de antigüedad y las primas satisfechas guarden una periodicidad y regularidad suficiente.

El fundamento de la reducción, aunque no esté vinculada a la antigüedad de las primas, responde a la compensación por la disfunción del capital laboral impeditivo de su ordinaria generación de rendimiento salarial.

Por último, de los rendimientos obtenidos en forma notoriamente irregular ya enumerados, cabe destacar que no solicitan tiempo de generación, son renta excepcional o ganancia patrimonial en sentido lato, y el único requisito es que se imputen en un único periodo impositivo.

La cuantía de la reducción del 40%, no puede superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual por cinco años (valor capitalizado).

En suma, el sistema de reducciones sobre los rendimientos íntegros del trabajo puede interpretarse como el reconocimiento en la LIRPF de los gastos amortizables y de conservación del capital humano, cuya estimación media asciende a 298.333 euros (valor capitalizado).

No obstante, cabe una matización: no se recoge o se hace inequitativamente la pérdida del capital humano traducido en su imposibilidad de originar rendimientos. Así resultan gravadas las prestaciones por fallecimiento y gastos de sepelios o las indemnizaciones por invalidez absoluta y permanente para todo trabajo o la diferencia negativa en seguros colectivos que instrumentan compromisos de pensiones en el caso de la no supervivencia del trabajador al contrato celebrado. Y ello se pro-

## EL CAPITAL HUMANO

duce porque el legislador no encaja la denominada renta irregular en la categoría especial, ganancia o pérdida patrimonial de largo plazo de trabajo, que, es, a la postre la que hubiera sido pertinente. Por tanto, no hay una compensación de la pérdida del capital del trabajo que aún absolutamente infructífero continua vivo en forma nocial. La reducción amortizable provee a la conservación y deterioro del capital, pero, no responde a la destrucción o desaparición, a menos que su porcentaje fuera del 100 por 100 o se calificara de minusvalía de largo plazo su producción.

La destrucción de la fuente, o sea, la extinción del capital, sea por invalidez absoluta o incapacidad para el desempeño de cualquier trabajo o, aún más, fallecimiento, no puede dar lugar a rendimiento ninguno de trabajo. Otra cosa es que existan supuestos expresos de ganancia patrimonial en virtud de los cuales, si hubiera indemnización, ello supusiera el aumento en el valor del patrimonio del contribuyente. Pero, lo que parece rechazable es calificar una renta como sea cuando la fuente es inexistente. Esto trae como consecuencia que, a tenor de las circunstancias personales, pueden producirse indemnizaciones que no impliquen ganancia patrimonial, sino pérdida o disminución en el valor patrimonial del sujeto pasivo.

La aplicación de la reducción del 40% a la indemnización por resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral guarda estrecha conexión con la continuidad o no de la fuente. No es igual el efecto sobre la capacidad contributiva del trabajador que no prosigue en su actividad por causas ajenas a su determinación, que el hallazgo de un nuevo puesto de trabajo sin solución de continuidad con el anterior. En el primer caso, la indemnización es simultánea a la pérdida del fruto del capital, por lo cual no puede eludir su naturaleza meramente resarcitoria; mientras que en el segundo, podría dar origen a una ganancia patrimonial que aumenta el valor patrimonial del trabajador.

### *2.4.1.3. La reducción especial del rendimiento neto*

La reducción especial de los rendimientos netos consiste en determinadas minoraciones conforme a cuantías establecidas que en ningún caso pueden dar lugar a un rendimiento negativo.

- 3005,06 euros para contribuyentes cuyos rendimientos netos del trabajo no superen 8113,66 euros.
- 3005,06 euros menos el resultado de multiplicar por 0,1923 la diferencia entre el rendimiento neto y 8111,66 euros para contribuyentes cuyos rendimientos netos estén comprendidos entre 8113,66 euros y 12020,24 euros

- 2253,79 euros para contribuyentes cuyos rendimientos netos del trabajo superen 12020,24 euros o que perciban rentas distintas del trabajo superiores a 6010,12 euros.

La cuantía de estas reducciones se incrementa en un 75% para los trabajadores activos discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 33% e inferior al 65%; en un 125% si tienen movilidad reducida o necesitan ayuda para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo; en un 175% para los trabajadores activos discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65% (LIRPF art. 18, ahora modificado por la Ley de Reforma).

La diferencia de la reducción especial respecto a las reducciones amortizables radica en que se practica una vez obtenido el rendimiento neto. Es decir, no influye sobre el capital, sino sobre el fruto obtenido al neto de los gastos deducibles admitidos.

El fundamento es un favor iuris al rendimiento de trabajo porque manifiesta “menor capacidad contributiva que los de igual cuantía procedentes de otras fuentes...”.<sup>429</sup>

En sustancia debe contemplarse como un beneficio fiscal para las rentas (menores) de trabajo. Ello se compagina con los antecedentes que le sirven de justificación, cuales son, la sustitución del 5% que podía deducirse de los rendimientos íntegros en concepto de otros gastos y la deducción en la cuota que, en cifra distinta, podían practicar los trabajadores en el IRPF derogado.

La reducción unifica ambos beneficios.<sup>430</sup>

La Ley de Reforma Parcial de la L.40/1998 de 9 de diciembre del IRPF modifica la reducción especial en un triple aspecto:

Cuantitativo, cualitativo y espacial.

- 3500 euros para los rendimientos netos iguales o inferiores a 8200 euros.
- 3500 euros menos el resultado de multiplicar por 0,2291 la diferencia entre el rendimiento de trabajo y 8200,01 euros anuales, para los rendimientos entre 8200,01 y 13000 euros.
- 2400 euros anuales para los rendimientos superiores a 13000 euros o con rentas distintas de las de trabajo superiores a 6500 euros (LRIRPF art. 46 bis).

Al mismo tiempo, se crean dos supuestos nuevos en los que se otorga un incremento del 100% de la reducción: prolongación de la actividad laboral relativa a trabajadores

429. SIMÓN ACOSTA, E., Op. cit, p 166.

430. PEREZ ROYO, I., *Manual del Impuesto sobre la renta de las personas físicas I*, Madrid, 1999, p 115.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen su actividad laboral y para aquellos que con un motivo de un puesto de trabajo trasladen su residencia habitual.

La nueva reducción se desplaza desde la categoría de renta del trabajo que ocupaba en la composición de la base imponible hacia la base liquidable del impuesto, añadiéndose a otras minoraciones de la misma.

La reducción especial no convence ni antes ni ahora. Su lugar es la cuota del impuesto, beneficiando a todos los que se encuentran en las mismas condiciones subjetivas, cualquiera que sea su renta. En cambio, tal como se presenta, se despega de la situación personal del contribuyente, permitiendo un ahorro de impuesto mayor cuanto más elevado fuera la renta obtenida, por acción de la tarifa progresiva.<sup>431</sup>

### 2.5. LOS GASTOS DE ESTUDIO

Tiempo atrás, se calificaba como impracticable cualquier deducción general de los gastos educativos.<sup>432</sup>

Ahora, la educación y la experiencia aparecen acumuladas en el aumento de la calidad del capital humano.

La transformación de la energía personal en una fuente de servicios no puede excluir la incorporación del conocimiento como gasto/inversión necesaria para su conservación y, en su caso, reposición.

No constituyen retribución en especie, las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del personal empleado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características del puesto de trabajo (LIRPF art. 43.2.b).

En la norma reglamentaria queda claro que se refiere a los gastos de estudio del trabajador financiados por instituciones, empresas o empleadores, incluso cuando su prestación efectiva se efectúe por entidades especializadas (RIRPF art. 43).

La disposición legal ofrece la versión de la mejora del capital humano como fuerza de trabajo organizada, desde la perspectiva de la empresa. El gasto de estudio lo será para el empleador, sin que signifique renta para el empleado.

Pero, hay una omisión del gasto de estudio afrontado, individualmente, a su coste, por el propio trabajador. Y conviene, desde el inicio, dejar en claro que no es solo la formación y reciclaje profesional la que permite cultivar la mejora de la fuente. Cabe afirmar el valor

---

431. TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario, II*, Torino, 1999, p 33; donde se manifiesta que el instrumento técnico no es neutral: depende si el beneficio fiscal condiciona o no la tarifa del impuesto, la riqueza del contribuyente y, si fuera deducción de la cuota, añadido, su influencia decrece cuanto mayor es la renta global del contribuyente.

432. DUE, J., *Análisis Económico de los Impuestos*, Bs. As. 1972, p 119.

de la educación en cualquiera de sus niveles y grados; que contribuya a la capacidad del trabajador: la competencia genérica, la competencia específica a la empresa en particular.

Los costes de la educación voluntaria pueden ser directos (la matrícula, los gastos de desplazamiento, de alojamiento, la adquisición de material didáctico) o indirectos, en particular, los rendimientos a los que la persona renuncia durante su training o formación. La inversión en si misma puede financiarla el Estado, la empresa o el propio interesado y su aspiración consiste en que de su esfuerzo puedan derivar oportunidades superiores de renta que las que obtiene en su estado actual.

El esfuerzo propio y voluntario supone una mejora del capital que debería conjugarse en amortización o, si es episódico y transitorio, en puro gasto deducible necesario para los rendimientos.

Y, a estos efectos, cualquiera que sea la naturaleza del gasto en enseñanza, vinculado o no a su actividad inmediata; ajeno o enraizado con su actual desarrollo, posee el atributo de mejora de la fuente, aumentando la oferta de la energía personal en el mercado. No deja de llamar la atención que la norma tributaria recoja la movilidad geográfica como dato de tutela, sea con respecto a los rendimientos irregulares o a la reducción especial de la base imponible del IRPF y, en cambio, ignore completamente la movilidad cultural, que es cualitativamente de mayor relevancia para el trabajador y el mercado. La enseñanza obligatoria, en cualquiera de sus niveles, y respecto a todos sus contenidos es una mejora objetiva del capital humano del trabajador y su desconocimiento conforma una discriminación negativa respecto al capital físico o material.

¿Cómo es que no se acepta la trascendencia v.g. del aprendizaje de idiomas o del perfeccionamiento informático, aunque no tenga nada que ver con el puesto de trabajo o, aún realizar una carrera universitaria que por razones sociales no pudo emprenderse antes?.

La educación en sentido amplio es un gasto de capital dirigido a crear un valor añadido distinto del que existe y cuya vida útil supera el periodo anual. La mejora añade valor al capital humano y alarga su duración. Esto no excluye que puedan existir gastos de estudio que sirven a la conservación o mantenimiento del activo y que, por tanto, solo serán calificables como gastos ordinario deducibles en el periodo en que se devengan. Posiblemente, la interpretación se corresponde con los gastos de actualización, reciclaje y capacitación, según la LIRPF, exigidos por el desarrollo de la actividad o del puesto de trabajo ocupado.

## 2.6. PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Hay renta del trabajo, aunque suene a perogrullo, cuando se trabaja. El fruto (salarial) del capital del trabajador solo se consigue cuando se produce la transmisión de energía personal por cuenta ajena.

## EL CAPITAL HUMANO

A la inversa, si no hay prestación laboral tampoco fruto (salarial). La fuente —el capital— está inactivo y su valor es nulo o despreciable. El paro indica la ausencia de remuneración y el correlativo desvalor del capital que le sirve de origen.

Por lo tanto, no hay renta hasta el mismo momento en que el trabajador se reincorpora al trabajo.

La prestación por desempleo lejos de denominar un rendimiento, conlleva solo la manutención, el entretenimiento del capital humano inactivo, de otra forma impedido en subsistir.

La prestación por desempleo, así como otras fórmulas análogas, denominadas dividendo social, o renta negativa en forma de subsidio mínimo de subsistencia, carecen de cualquier justificación o legitimidad para ser objeto de gravamen como renta.

Por un lado, porque atiende al simple consumo de la fuente y su gasto es de conservación o mejora. Por otro, porque conforme el principio de capacidad económica no se verifica el mínimo poder de disposición sobre bienes o servicios, ni tan siquiera sobre la disposición de la propia energía personal del trabajador.

La inactividad de la máquina humana solicita su mantenimiento, de cara a su futura colocación; pero, esto no tiene el carácter de renta susceptible de impuesto.

La subsistencia es, en si misma, una expresión lícita de autoconsumo. El contribuyente realiza la aplicación total o parcial de la prestación por desempleo a la manutención y conservación o mejora del mismo. O sea, de su capital humano intrínseco. Y esto no supone sino el uso para fines propios de su actividad —el trabajo por cuenta ajena— hasta la reincorporación. Su patrimonio personal y su consumo particular ejemplifican, a la vez, la idea de conservación de su energía o fuerza inactiva de trabajo, inseparable de la persona física.

Es contradictorio e incongruente establecer la exención de la prestación por desempleo percibida en pago único siempre que las cantidades se destinen a inversión en sociedades cooperativas, sociedades laborales o trabajo autónomo (LIRPF art. 7 n). Y lo es porque se discrimina irracional y caprichosamente entre la inversión con otros y externa, respecto a la aplicación del pago, aunque fraccionado, del desempleo en uno mismo. Pongamos por caso que el desempleado destina su prestación a mejora de su formación, a aprendizaje de otro oficio o, simplemente, a mantener su forma laboral en condiciones de aplicación. En tal circunstancia queda gravado por el IRPF. El autoconsumo personal aparece apriorísticamente perjudicado a menos que se produzca la aplicación asociada o externa del subsidio.

El resultado es contradictorio e incongruente porque la finalidad objetiva del sistema de producción consiste en que el parado pueda tener ocasión de reemprender su trabajo permitiendo el mantenimiento, conservación o mejora de su capital en el ínterin que ello suceda.

### 2.6.1. El Dividendo Social

La idea de una renta mínima garantizada no es nueva. Pero, adquiere actualidad a raíz de una constatación que, entre otros, Gallo pone en evidencia: el IRPF se ha convertido en un impuesto progresivo solo sobre el trabajo, lo cual acentúa la desigualdad económica y social más allá de lo soportable.<sup>433</sup>

El dividendo social es el derecho del trabajador a una parte de la producción social que contribuye a crear. El individuo recibe una determinada cantidad de dinero público cuando no supera un nivel mínimo de renta predeterminado, que sirve de amortizador social, “porque los seres humanos son una forma de capital que, si se mantiene y mejora, puede facilitar la producción de futuros flujos de réditos”.<sup>434</sup>

La transformación en dividendo social del trabajo supone, al mismo tiempo, la depuración de las reducciones, exenciones, deducciones vigentes en el impuesto: el trabajador recibirá a cambio, un importe destinado a su mantenimiento y compensación social. Una vez que se adopta el crédito fiscal (en efectivo) el gravamen sobre la renta podría establecerse sobre uno o dos, como máximo, tipos de gravamen: un tipo general -20-30%- y otro sobre la súper rentas.<sup>435</sup>

No es este el marco para discutir la bondad o no del dividendo social y su implementación teórica y técnica. No obstante, la sugerencia extraída de Rolph es útil para centrar la importancia del mantenimiento y mejora del capital humano desprovisto de oportunidad de trabajo. No solo podría y debería excluirse la prestación de desempleo, sino, que posiblemente, debería satisfacerse como dividendo social a los trabajadores desocupados, sin perjuicio de la corrección de las reducciones, exenciones y deducciones que hubieran de eliminarse.

La opción librada en el IRPF (L.42/2002) respecto a la paga mensual a las madres trabajadoras, a su elección, de 100 euros mensuales es un antecedente importante en la introducción, por ahora limitada, del impuesto negativo. Un ulterior desarrollo debería conducir desde la iniciativa de una subvención mínima para algún colectivo de trabajo a la más amplia categoría del trabajo destinada a garantizar un nivel de rédito igual a la línea de subsistencia.

La transformación del crédito fiscal al trabajo en subsidio mediante la contemporánea eliminación e exenciones, reducciones y deducciones previstas para la renta de la

433. GALLO, F., *Welfare e riforma dell' imposta personale*, Rassegna Tributaria, 1, 2001.

434. ROLPH, E.R., *Controversy surrounding negative income tax*, Public Finance, 2, 1969.

435. FAUSTO, D.-LECCISOTTI, M., *Economia e finanza della sicurezza sociale*. Torino, 1973, y las diferentes opciones y modelos: el esquema de Friedman, Lapman, Rolph, Tobin, Rhys-Williams, Teobald. Y también en el Informe J.E. Meade, Cit, p 273.

## EL CAPITAL HUMANO

categoría, dotaría de contenido a la propuesta de contribuir a moderar la desigualdad de hecho en la sociedad, a modo de participación justa en la riqueza total, soslayando el círculo vicioso de la pobreza.

Precisamente, garantizando el nivel mínimo de renta sirve para conservar y mejorar el capital humano del trabajador y, al mismo tiempo, disminuir el tipo de gravamen general del impuesto.

### 2.7. EXENCIONES. LAS RENTAS AMORTIZABLES

La Ley de IRPF de 1978, hasta 1991, encabezaba el capítulo de las exenciones con una precisa definición normativa: No tienen la consideración de renta las indemnizaciones que constituyen compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no son susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio.

A partir de entonces hasta ahora se sustituyó la definición por un catálogo taxativo de exenciones, que, pese a todo, no impide su recurso interpretativo actual, porque, aunque literalmente se impide, la ratio de la no sujeción pervive para determinados de los presupuestos encarados.

El alcance del criterio tenía una doble dimensión. Primero, enfatizar la exclusión del capital humano como hecho imponible en el Impuesto sobre el Patrimonio. Segundo, establecer la calificación jurídica de la exclusión sobre rentas patrimoniales (del capital humano) cuya función era meramente restitutoria o de reintegración por la destrucción o depreciación de la fuente del rendimiento.

La definición normativa excluía de la renta sujeta la compensación de la pérdida o deterioro del capital (humano), demandando el favor fiscal para las indemnizaciones destinadas a su amortización (rentas amortizables).

El capital humano no integra el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio y, en consonancia, las indemnizaciones que se relacionan inmediata y directamente con su valor de reposición o reconstitución resultan la reintegración monetaria del daño emergente.

La disposición normativa enlazaba con articulada coherencia la exclusión del capital humano del gravamen patrimonial y las rentas dirigidas a su reconstrucción en el IRPF.

El tratamiento favorable a las indemnizaciones destinadas a compensar la pérdida o deterioro del capital humano resultaban de una lectura amplia de la protección constitucional del derecho-deber al trabajo (C.E. arts. 35 y 40.1). Esto entraña que la tutela tributaria es más intensa que la normal en cuanto opera sobre intereses sociales particularmente estimados por el ordenamiento fundamental y cuya traducción inmediata será: in dubio pro trabajador.

El principio informador, recogido por la antigua definición normativa, no es otro que el de favor fiscal por la pérdida o deterioro del capital humano del trabajo en relación de dependencia.

Hay rentas que se caracterizan por la finalidad de paliar o evitar el empobrecimiento del trabajador cuando está en riesgo su fuente productiva, sea por extinción o agotamiento. Son rentas amortizables, es decir, rentas que no pueden aplicarse sino a la conservación del capital de trabajo. Son aquellas rentas que, siguiendo a Hicks, si el sujeto las gasta se empobrece.

### 2.7.1. Indemnización por cese o despido

El legislador tributario no ha querido desarrollar la autonomía de la fuente de capacidad contributiva desde su perspectiva, prefiriendo, en cambio, la remisión o reenvío explícito a la norma laboral. O sea, la disposición del legislador, pese al criterio general que en su momento adoptara, nunca fue confrontado con la propia función de la renta del trabajo respecto a los principios de capacidad económica e igualdad tributaria, ex C.E. art. 31.1.

Al contrario, practica un reenvío explícito intrainstitucional al derecho del trabajo.

La norma tributaria se desprende de sus efectos jurídicos para reposar sobre los que son intrínsecos a un distinto sector normativo, sea respecto a todos o algunos de las consecuencias producidas por las hipótesis consideradas, renunciando, en lo sustancial, a su disciplina actual o futura.

La remisión a otro orden normativo y la correlativa aceptación de sus definiciones presupone que se produzca una unidad sistemática en términos de la cobertura de necesidades análogas o similares y un nexo articulado entre los distintos sectores de disciplina, apto para postular un complejo normativo orgánico y unitario.

No es este el caso. La reacción jurídica laboral y fiscal no están inspiradas por iguales necesidades o vinculadas entre sí por un efecto integrador de la materia regulada.

Las rentas constituidas por indemnizaciones por despido o cese del trabajador están exentas hasta la cantidad establecida como obligatoria por el Estatuto de los Trabajadores y sus normas reglamentarias.

Por tanto, cuando el importe de la indemnización que se percibe supere la cuantía que tenga carácter obligatorio, el exceso es renta (del trabajo) gravada, sin perjuicio de su calificación o no como irregular.

La pérdida retributiva en ocasión de la pérdida del empleo es el eje de la protección jurídica del trabajador. El salario, en una palabra, o el crédito salarial, comprensivo de las indemnizaciones.

## EL CAPITAL HUMANO

La indemnización por despido o cese, precisamente, tiene naturaleza retributiva, como retribución diferida que se liquida en el acto final de la relación jurídica laboral, en los términos de la legislación específica.

La norma tributaria, en base al favor iuris constitucional y al principio de capacidad económica, aspira a la pervivencia del capital (humano) del trabajador, momentáneamente infructífero: la compensación de su destrucción o deterioro por el desuso de la fuente.

De esta guisa, no resulta comparable el máximo cuantitativo obligatorio de rango laboral con la reconstrucción del daño o perjuicio del capital del trabajador. Y lo que debe prevalecer no es, cualquier caso, la apreciación cuantitativa de la retribución laboral, sino, sustancialmente, la pérdida del puesto de empleo equivalente a la inmediata depreciación del capital infructífero.

El daño derivado de la pérdida de empleo no es fiscalmente análoga a lo que estipula la legislación laboral. Y ello porque no hay un nexo articulado entre ambos sectores jurídicos, cada uno de los cuales está sujeto a su particular desarrollo: la protección –salarial– del trabajador y la tutela –del capital– del trabajo.

Son órdenes tuitivos diferenciados: uno, en el amparo del crédito salarial de la parte débil de la relación jurídica y otro, en la garantía para que el fondo capital, la inversión en el activo humano no se extinga por desuso u obsolescencia.

Por eso no es ninguna metáfora sostener que el máximo legal laboral no es sino el mínimo legal tributario, ya que la prestación retributiva nunca puede sustituir o reemplazar el valor del trabajador, trabajando.

En definitiva, el reenvío explícito hacia el orden laboral no es congruente con el alivio del daño emergente relativo a la pérdida del empleo, sin perjuicio que, al mismo tiempo, suponga la aceptación de los institutos laborales específicos: el despido es aquello que la norma laboral entiende como tal y así resulta su calificación jurídica.

Pero, una vez que se acepta el instituto jurídico laboral, carece de sentido aplicar sus restricciones cuantitativas, no correspondientes con la ratio inspiradora de la disposición tributaria, en la protección del capital inactivo del trabajador.

Cualquier indemnización por despido o cese del trabajador, en la cuantía obligatoria y más allá de la misma, debería excluirse de gravamen hasta que no se produzca la reincorporación del trabajador en el mercado.

No hay ningún fundamento determinante que impida equiparar a las indemnizaciones obligadas, aquellas que deriven en despido o cese en virtud de convenio, pacto o contrato o, aún más, los importes de la extinción de los contratos de trabajo temporales, los despidos disciplinarios procedentes o el propio cese voluntario del trabajador.

El criterio único es que hay una migración de capital fructífero hacia el desvalor infructífero y cualquiera que sea su motivación, de lo que se trata es de asistir y facilitar

en los términos apropiados la reincorporación del trabajo capital al salario por trabajo.

Solamente en aquel supuesto en que es el propio trabajador el que decide no solo el cese sino el retiro definitivo del mercado laboral podría considerarse la indemnización como una ganancia patrimonial susceptible del impuesto.

La disciplina del reenvío tributario a la norma laboral no excluye que por vía interpretativa pueda adquirir un significado diverso al de la aplicación automática de la disciplina reenviada. Su lectura no puede prescindir de la realidad normativa tributaria y, en consecuencia, nada impide que pueda delimitarse la extensión de los significados a través de su reconstrucción lógica interpretativa. El reenvío en ningún caso impide el análisis y conocimiento del efecto de la integración, partiendo de los respectivos sistemas de pertenencia: la reconstrucción del nexo articulado entre la norma tributaria y la norma reenviada. En este sentido, afirma Perlingieri, no subsiste una simple “técnica de reenvío” a la letra y al espíritu de la disciplina reclamada.<sup>436</sup>

La simple trasposición de la normativa laboral no es connatural al reenvío. En el medio está la interpretación de los presupuestos jurídicos tributarios, lo cual orienta que no es suficiente “con una remisión general a las normas laborales que no siempre son fáciles de encuadrar en esos esquemáticos preceptos tributarios.”<sup>437</sup>

Una lectura tributaria de la renta exenta del trabajo no puede localizar el beneficio fiscal solo en el perjuicio de carácter laboral sufrido por el trabajador víctima del cese o despido. La indemnización, en sentido fiscal, no solo comprende el menoscabo material por el final de la prestación retributiva, el fruto de la energía personal; sino, también, la necesidad de reponer al trabajador en la situación que se hallaría si el despido o cese no se hubiera producido. El daño por la inactividad del capital (humano) del trabajo, limitado por el retorno probable al empleo en el normal decurso de la realidad futura.

El cese o despido, justificativo de la indemnización exenta (o no sujeta), no puede ser el hecho generador de rendimiento del trabajo sino hasta que ocurra la nueva contratación. La recolocación es el pivote sobre el que se debe fundar la reactivación del capital y, por consiguiente, los frutos que da origen. Si no hay fuente, tampoco, puede haber gravamen.

Curiosamente, el legislador establece el periodo de tiempo entre el despido y la nueva contratación, pero solo en el sentido de aplicar una sanción impropia. El trabajador despedido pierde la exención si no se desvincula efectivamente de la empresa que lo

436. PERLINGIERI, P., Op. cit, p 95; TRIMELLONI, M., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 1979, p 220, apuntando la necesidad de calificar mediante la interpretación los significados de las expresiones de la norma tributaria que apelan a presupuestos normativos externos.

437. LASARTE ALVAREZ, J.-ADAME MARTINEA, F., *Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en el IRPF* en Revista Gallega de Empleo, 2, 2000, p 194.

## EL CAPITAL HUMANO

cesa dentro de los tres años naturales siguientes al hecho. Es decir, si vuelve a su empresa dentro del periodo se presume que el trabajador no se ha desvinculado de su empleador. La consecuencia es que si lo hace la obligación es declarar y liquidar la indemnización devengada. Es una sanción impropia a fines antielusivos, cuya eficacia, no obstante, no es determinada puesto que admite prueba en contrario.

Pero, el legislador no prevé la influencia temporal entre el despido y la nueva contratación, sino en forma negativa cuando incluye la prestación de desempleo como sustituto válido de rendimiento del trabajo personal, que, como se ha visto, no lo puede ser.

La realidad jurídica es que el capital de trabajo, sea común o especial, sin empleo no vale nada o casi. Por eso, hay que enfatizar que la indemnización por cese tiene un componente que solo puede ser recuperable, si se quiere, solo en el instante en que se reactiva mediante el nuevo empleo. No se produce únicamente la destrucción del fruto (salarial), sino también el deterioro del capital. Esto es lo normal y ordinario en el trabajo común y podría ser objeto de matización en el pacto indemnizatorio del alto directivo si se determina que la cantidad pactada excede su valor capitalizado de retribución, sabiendo que el valor actual del capital de sus rendimientos futuros, descontados, es menor y así continuará hasta el nuevo empleo.

La indemnización, entonces, comprendería una fracción reservada a la pérdida del fruto salarial, perjuicio real y efectivo, y, en suma, el daño actual de la extinción del empleo y otra relativa a la disminución de valor capital del trabajador cuya conservación o mejora es preceptiva en tiempos de inactividad y fundada en la razonable probabilidad o posibilidad y previsibilidad de una nueva contratación en el futuro.

El marco indemnizatorio ampara el resarcimiento al trabajador por la eliminación del salario en ocasión del despido y, asimismo, la compensación, hasta el límite, de la depreciación sufrida en sus beneficios futuros esperados, a lo largo de un periodo temporal que vea como probable su reingreso en el mercado. Obviamente, a mayor desesperanza en el empleo, mayor será la pérdida de capital humano, o mejor dicho, será cierta su obsolescencia.

De modo que la indemnización de despido exenta por despido bien puede calificarse como parcial porque solo cubre el perjuicio salarial efectivo, actual o diferido, establecido por la normativa laboral.

En cambio, no hay trazo de considerar la cantidad indemnizable que permita conservar y reponer el capital infructífero, hasta la previsible nueva colocación.

Es lógico pensar que no le es aplicable la restricción del límite exento por el perjuicio de los frutos salariales, daño emergente, a raíz del despido. En consecuencia, la compensación al deterioro del capital humano no altera su necesidad, aunque sea pacticia, y sus límites no coincidan, ni en menos ni en más, con la legislación laboral.

Por lo tanto, aceptando la renta (salarial) exenta por cese o despido y su calificación como rendimiento del trabajo, debe refutarse la misma calificación para la renta (de capital) consiguiente, que no es rendimiento del trabajo y no puede gravarse como tal.

La indemnización al capital humano, pactada o que se fije con prescindencia del encuadre de la ley laboral no es, en sentido estricto, rendimiento de trabajo, sino una indemnización resarcitoria por la inactividad y obsolescencia del valor patrimonial del trabajador: la compensación de la pérdida o deterioro de la capacidad de generar rendimientos de la persona. Hay una pérdida resarcible por el daño sufrido y, eventualmente, una ganancia patrimonial si se produce un exceso, un aumento en el valor patrimonial del contribuyente, entre la situación previa y posterior al cese o despido.

La extinción de la relación laboral, sea común o especial, establece la consideración simultánea de la compensación por la desaparición del fruto salarial y el envejecimiento de la fuente. La renta exenta salarial no empece para calificar como no sujeta la pérdida de capital humano, con el solo límite de su eventual consideración como ganancia patrimonial gravada por el exceso que pueda verificarse.

No obstante, el tiempo juega un factor determinante para el gravamen sobre el exceso. En efecto, cuando la indemnización sobrepasa el valor patrimonial exacto de la situación previa al despido, dependerá del tiempo de colocación inmediata futura del trabajador sujetarla o no como ganancia patrimonial.

Si una renta exenta pierde su carácter en caso que no transcurra un periodo de tres años de desvinculación efectiva de la empresa que cesa al trabajador, también podría hipotizarse igual plazo para que la ganancia patrimonial devengada fuera firme y definitiva si el trabajador no torna activo su capital en dicho periodo.

De ese modo, además, se estimularía el empleo de capital inerte, evitándose el despilfarro social que implica el desempleo.

A su modo, la LIRPF acoge la compensación al capital humano cuando prevé la reducción del 40% de los rendimientos de trabajo generados en plazo superior a los dos años y, en especial, definiendo como renta notoriamente irregular la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral. Pero, estas reducciones no acometen la calificación última de ganancia o pérdida patrimonial de largo plazo derivada de la inutilidad y desvalorización del capital laboral.

De la situación patrimonial en la que está ahora el desempleado comparada con la que se encontraría si el cese no se hubiera verificado surge una pérdida de capital y, ocasionalmente, una ganancia de capital susceptible de gravarse, en términos de capacidad económica, solo si transcurrido un lapso de tiempo razonable el trabajador no consigue, un empleo fructífero para su capital acumulado.

La indemnización de capital humano tiene el carácter de gasto amortizable para el empleador, porque el trabajador tiene una vida útil limitada, siempre que sea utiliza-

---

 EL CAPITAL HUMANO
 

---

do durante más de un ejercicio económico y esté bajo el control y posesión de la empresa que lo utiliza (contrato de trabajo indefinido o temporal convertible en indefinido).<sup>438</sup>

## 2.8. LA DISCUSIÓN SOBRE EL GOBIERNO DE LA EMPRESA

La autoridad y poder en la organización de la empresa es un tema que se viene afrontando desde hace tiempo, aunque ahora, por virtud de su dimensión adquiere perfiles más polémicos. En efecto, la separación entre propiedad del capital financiero y su control es una de la idea fuerza en la obra clásica de Berle y Means en la cual se apuntan o sugieren las pretensiones autónomas de los directivos respecto a su propio interés organizativo que puede coincidir o no con el de los accionistas.<sup>439</sup>

La función de la empresa aparece protagonizada por un grupo directivo que rehúsa, por sistema, control externo y aspira a la perpetuación de su poder de orientación y ejecución, sea sobre los accionistas, inversores, trabajadores, proveedores o clientes.<sup>440</sup>

El grupo dirigente, en suma, tiene el dominio directo de las relaciones de producción, en un contexto facilitado por la situación posesoria que ejercitan sobre y desde la organización

La organización es la encrucijada de la contratación y la negociación con los factores de la producción que pueden verse afectados por la actividad económica.

O, en otros términos, todos los grupos sin cuyo soporte la organización perecería.<sup>441</sup>

Los accionistas, con ser relevantes, son uno, pero no el único factor destacado. Pero, sin olvidar a los trabajadores, los proveedores, los inversores y los clientes.<sup>442</sup>

El directivo, entonces, encauza la gestión (posesoria) de la organización, y contribuye discrecionalmente a la creación de rentas de gestión, cuyo destino, en principio, son todos los demás interesados y, obviamente, el mismo y su utilidad personal. En esta

---

438. V. FITZ-ENZ, *The ROI of human capital*, Nueva York, 2000, El balance de capital humano propuesto a modo de "human capital income statement".

439. BERLE, A.-MEANS, G., (1932) *The modern corporation and private property*, New Brunswick, New Jersey, 1991.

440. RUFFOLO, G., *La empresa en la sociedad moderna*, cit, p 184.

441. FREEMAN, R.-REED, D., *Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance*, California Management review, 25.3, 1983.

442. E. FAMA *Agency problem and the theory of the firm*, Journal of political economy, 88.2, 1980: "Así los accionistas no son los propietarios de la empresa, sino de los capitales que han aportado. Esta distinción permite de comprender porque el control de las decisiones de la empresa no es obra de los accionistas exclusivamente, sino también de los otros aportantes de los factores de producción que tienen un derecho de control si corren riesgos".

óptica —afirma Wirtz— el estatuto del directivo con referencia a los procesos de creación de valor es importante, en la medida que ocupa el centro del nudo de contratación que es la empresa.<sup>443</sup>

La doctrina de la agencia fue la explicación elaborada para contar la interacción entre las partes que concurren a la empresa en base a los intereses que reputan como propios en torno a la apropiación de la renta que contribuyen a generar.<sup>444</sup>

La empresa es una encrucijada de pactos y compromisos en cuya consecución el directivo tiene un peso determinante. El directivo es un agente, un delegado legal de los accionistas. Pero, desde la posición y función que realiza puede desarrollar propósitos que no solo no coincidan, sino que entren en conflicto con los que le designaron. Por eso se protege respecto a sus mandantes y a los demás interesados que pueden impedirle el ejercicio de su poder y la participación en la renta de gestión que logra.

El objetivo del directivo es conservar y ampliar su poder sobre la organización, motivando su ampliación y defendiendo su autonomía ante los delegantes. La política del directivo es comprometer a la organización en actividades que sirvan, en principio, a los distintos grupos, pero cuidando que, sobre todo, se traduzca en mayor capacidad de gestión (más autoridad, más poder) y apropiación de renta organizacional. En suma, maximizando su coste de capital (humano) para evitar su desplazamiento o revocación.

El dirigente, entonces, decide sobre proyectos y políticas que son complementarias a sus aptitudes utilizando los instrumentos de inversión y financiación para ampliar su espacio discrecional, y convertirse en indispensable ante los grupos de interés.<sup>445</sup>

El dirigente munido de su posesión organizativa aparece dotado de una ventaja de control e información que le hacen determinante en el reparto de los recursos obtenidos y cuya conducta está guiada por el beneficio que pretende, cualquiera que sea su forma, y la probabilidad de su revocación o desplazamiento por la empresa.

El desarrollo del gobierno de la empresa, salvada sus desviaciones y patologías, sirve, no obstante, para apuntar ciertas asunciones temáticas útiles a mis fines.

Primero, existe una renta creada y apropiable desde la organización, que no necesariamente coincide con el resultado contable de la empresa. La creación de renta y/o cuasi rentas organizacionales sirven para retribuir a los distintos fragmentos del capital intelectual: capital humano, capital relacional, capital organizativo en sentido estricto;

443. WIRTZ, P., Op. cit, p 17.

444. JENSEN. M.-MECKLING, W., *Theory of the firm: management behavior agency costs and ownership structure*, Journal of financial economics, 3, 1976.

445. SHLEIFER, A.-VISHNY, R., *Management entrenchment: the case of the manage of specific investments*, Journal of financial economics, 25, 1989.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

con más, los accionistas. La organización se revela, en sí misma, como una fuente de capacidad económica, un centro de creación y reparto de riqueza.

Segundo, el directivo es un eje de la dicha creación de renta, así como beneficiario directo de la misma, y, en la proporción directa de la valorización y apreciación del fondo de comercio, del crédito o reputación en el mercado. El fondo de comercio, que equivale al depósito y acumulación de renta organizacional, extrae su valor de la capacidad de gestión directiva, al menos parcialmente, en razón de los compromisos adoptados con los interesados: trabajadores, proveedores, clientes.

Tercero, el directivo propone su energía personal como inversión de capital (humano) a la organización y su cese supondrá la indemnización por los frutos (salariales), la conservación del mismo y, en especial, el deterioro a su reputación derivado de su relevo o revocación. La organización comparte la posesión del capital, y no solo del fruto, de la energía personal del directivo; por lo que puede aprovechar su capacidad excepcional que es causa directa de la creación de renta organizacional. Los economistas lo denominan recurso raro o renta ricardiana: un dirigente excepcional tiene la potencialidad de creación de rentas, es un valor capital.<sup>446</sup>

El grupo directivo puede distinguirse, según el derecho laboral vigente, en administradores o consejeros en las empresas que revisten la forma jurídica de la sociedad, siempre que su actividad se limite a la realización de los cometidos inherentes a tal cargo (LET art. 1.3 c) y personal de alta dirección que aglutina a aquellos que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno o administración de la entidad que respectivamente ocupen aquella titularidad (LET art. 2.1 a) y DPAD art. 1.2.).

### 2.8.1. Los Administradores

Los administradores son considerados, por la doctrina mercantil, como órganos corporativos de la sociedad, guardando a su respecto una relación orgánica, que los presenta como “gestores revestidos de poder de raíz y alcance corporativo”.<sup>447</sup>

La doctrina jurisprudencial establece la relación mercantil que no laboral cuando se trata de una actividad desarrollada por quienes integran los órganos de gobierno de las

---

<sup>446</sup>. CASTANIAS, R.-HELFAT, C., cit,

<sup>447</sup>. SANCHEZ ANDRÉS, A., *Las llamadas stock options y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, en Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Madrid, 2002, II, p 1519.

sociedades de capital, en tanto que a éstos les incumbe la dirección, gestión, administración y representación de las mismas (STS 3/6/1991, 29/9/1998, 21/1/1991).

Inclusive en caso de plus de actividad de uno de los miembros respecto a los demás, que implica una dedicación mayor a la empresa no altera que se trate de una competencia orgánica, excluida de la norma laboral.

La relación orgánica evita que pueda constituirse una relación laboral superpuesta entre el Administrador y la sociedad cuyo contenido sean las funciones que le corresponden por su cargo.

Sánchez Calero acepta, no obstante, una relación de servicios entre el administrador y la sociedad que denomina de “gestión que ...no puede calificarse de trabajo, por faltar la dependencia respecto de la sociedad”.

Es un contrato de empleo no laboral sino mercantil y dirigido al desarrollo de las funciones del administrador.<sup>448</sup>

La función ejecutiva del administrador, solapada a su relación orgánica, puede dar origen, a una relación complementaria de carácter mercantil y desligada de la idea laboral. Básicamente, por la autonomía de la gestión.

El administrador que se ocupa de la gestión social puede percibir una contraprestación cuya naturaleza no es salarial sino mercantil.

La fórmula mágica, afirma Sanchez Andrés, es calificar como salario lo que es una retribución mercantil que define la propia actuación del empresario mismo: “Porque al tratar el pago de las remuneraciones e incentivos del Consejo de Administración como un coste laboral, y consiguientemente como un gasto, los administradores cobrarán siempre mientras ejerzan sus cargos aunque no quede un solo euro o una mísera peseta para retribuir el capital (a los socios) ...”.<sup>449</sup>

La retribución mercantil del administrador no es salario, sino contraprestación por trabajo autónomo, servicios, de naturaleza profesional en el seno de la sociedad, si resultan del contrato de gestión de empleo.

La norma tributaria no comparte este criterio. Así el tipo de 35% se aplica a administradores y consejeros en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que si recibieran otros percepciones de trabajo del mismo pagador se aplique a éstas últimas el tipo que corresponda por aplicación de las reglas generales.

448. SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, Arts. 123 a 143 en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, IV, Madrid, 1994, p 68; *Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas* en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, III, Valencia, 1995, p 3405, en base a la posición no contractualista que señala la relación orgánica de carácter interno entre el administrador y la sociedad.

449. SANCHEZ ANDRÉS, A., cit, p 1520.

## EL CAPITAL HUMANO

La DGT entiende que se incluyen en este supuesto a las cantidades percibidas por la pertenencia a un órgano que tiene encomendadas la función o funciones de administración y gestión de una entidad (DGT 23-12-99, 30-1299 y CV 19-11-99).

La interpretación tributaria es consonante con aquella doctrina laboral que sostiene la posibilidad que una misma persona esté unida a una sociedad mercantil por una relación (orgánica) de administración y por una relación laboral.

Los Administradores, pueden recibir una retribución mercantil en el mero ejercicio de sus funciones, cuya calificación debería apoyarse en el capital mobiliario, sin perjuicio que a través de un contrato de empleo (también mercantil) puedan percibir por sus prestaciones de trabajo autónomo otras retribuciones –profesionales– por la actividad específica encomendada.

El administrador está excluido de la norma laboral, precisamente por su carácter orgánico y si ocupa el cargo, con un plus de actividad, será receptor de retribución por su actividad autónoma, que no dependiente.

La profesionalización de los administradores va unida a su calificación como trabajadores autónomos, que no por cuenta ajena. La experiencia y conocimiento son requisitos propios de la actividad profesional de la persona física lo cual es el presupuesto de su nombramiento y, en su caso, el encargo específico de servicios a la sociedad.

Las retribuciones a los administradores por el mero hecho de su designación son parte del beneficio social (LSA art. 130) y por tanto rendimientos del capital mobiliario (LIRPF 231 a). La referencia a su actividad personal directa en la gestión originan rendimientos de carácter profesional, de trabajo autónomo. Pero, lo que parece obvio es la inexistencia de salario y, consecuentemente, de rendimiento de trabajo personal.

El principio general de retribución del administrador, un criterio jurídico de valoración (Sanchez Andrés) está contenido en el artículo 130 (LSA), vinculando los estímulos e incentivos a los beneficios sociales.

El *quid iuris* es que la remuneración del administrador ni puede empobrecer el patrimonio ni descapitalizar la entidad que gestiona. Vale el criterio cualquiera que sea el sistema retributivo elegido.

De modo que el sistema de retribución del administrador, previsto estatutariamente, debe mantener correlación con el beneficio conseguido para la entidad y su conservación patrimonial.

Todo ello no solo se aplica al concreto mecanismo de participación en los beneficios, sino, en general, como límite y razón de cualquier medio de retribución que le atañe. No en vano, el artículo 130-2 LSA admite, bajo igual principio, algunos de los incentivos conocidos, tales como, la entrega de acciones, derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, a título de modalidades en la participación en el beneficio social.

Hay una primera renta del capital mobiliario que corresponde al administrador remunerado por la mera circunstancia de su designación.

Hay una, eventual, renta de actividad profesional que le será imputable al administrador que ejercite en concreto la gestión, dirección y representación de la sociedad, a cambio de una contraprestación, vinculada o no a la evolución de los resultados contables y financieros o a su conducta personal.

El salario no es defendible como retribución puesto que la relación laboral no es predecible ni legalmente aceptada por la propia norma laboral. El servicio personal y directo del administrador se viene a configurar como rendimiento del trabajo autónomo: o sea, profesional.

El principio establecido es la separación de los administradores que puede acordarse en cualquier momento por la junta general. La libre revocabilidad de los administradores (LSA art. 131) cohonesta la particular situación orgánica que caracteriza las funciones y su justificación última por los socios o accionistas.

El cese de los administradores puede adoptarse sin necesidad de que concurra justa causa ni se incluya en el orden del día. Es una cláusula de orden público que no puede modificarse por voluntad de las partes.<sup>450</sup>

De acuerdo con ello, la junta tiene la facultad de destituir ad nutum, sin necesidad de justa causa a los miembros del órgano de administración.

La doctrina mercantil recoge los pactos indemnizatorios por cese en dos supuestos: cuando la separación produce descrédito o daña la reputación del administrador o, aún, cuando exista un pacto expreso en virtud del cual la sociedad reconoce al administrador el derecho a una indemnización por cese anticipado sin justa causa.<sup>451</sup>

En ambos casos, la indemnización persigue una clara finalidad: preservar el valor capital del administrador, en la idea que su crédito en el mercado queda objetivamente resentido siendo su fondo de comercio inseparable de su propia actividad personal y directa. Los pactos indemnizatorios se entienden compatibles con la libre revocabilidad, siempre que se encuentren previstos como sistema retributivo en los estatutos.

El pacto (mercantil) entre el administrador y la sociedad que toma en cuenta el evento futuro e incierto de la revocación ad nutum es el resultado previo a la gestión y dirección. Es una de las motivaciones ex ante del administrador para saber a que atenerse si se prescinde en cualquier momento de su colaboración y de la propia entidad en cuanto al coste que ello le podrá suponer.

El fundamento de la indemnización responde a prever la cualidad de la retribución, antes que su cantidad, cuando finaliza la relación mercantil establecida, de una parte orgánica de la sociedad.

450. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, cit, p 362.

451. SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, cit, p 204.

## EL CAPITAL HUMANO

La libre revocabilidad o revocabilidad ad nutum introduce de plano la aleatoriedad y azar en la retribución porque la resolución de la relación orgánica (y mercantil) se hace depender de un hecho futuro e incierto como es la destitución.

En algún sentido, la compensación es un anticipo al administrador, basado en expectativas razonables, de su contribución esperada al reforzamiento del fondo de comercio de la organización, del depósito de reputación, crédito y prestigio en el mercado. La retribución final es la restitución al administrador de su alícuota ideal en la formación del fondo de comercio, aunque las circunstancias de hecho no lo confirmen. Ese es el núcleo del riesgo de la empresa (organización) contrapuesto al principio de libre revocabilidad.

La retribución última deducible del pacto no puede ser calificada sino como ganancia patrimonial en la medida en que signifique un aumento en el status patrimonial del administrador. La compensación pactada será una ganancia de capital gravable en la fracción que supere, razonablemente, lo que pueda obtener por el ejercicio futuro de actividades a consecuencia de la revocación ad nutum y será pérdida patrimonial, en caso contrario. En otros términos: el beneficio o daño excedente de su reputación personal en el mercado.

En verdad, por más que se fijen cláusulas de blindaje extremo, golden parachutes o negocios sobre acciones u opciones, la indemnización del administrador saliente será justipreciable como excesiva o insuficiente en el marco de capacidad económica, en base a la lógica de la destitución: daño a la imagen, crédito, reputación que inhabilita o dificulta la conservación del valor capital conseguido anteriormente. En algún modo me refiero a una ganancia de capital en suspensión, pendiente de su confirmación o rectificación posterior, a results del devenir profesional del administrador cesado.

Por ello es complejo, aunque a veces cuenta la desmesura, determinar si la compensación, en sí misma, es pura ganancia de capital o pérdida, puesto que el aumento o disminución del patrimonio personal del contribuyente está subordinado al premio o castigo sucesivo de su actuación profesional.

Esto refuerza la opinión que la salida y compensación del administrador puede advertirse como plusvalía o minusvalía en su comparación con lo que le depara su inmediato futuro profesional. El otro trabajo o su desempleo será el que de razón de su incremento o disminución patrimonial previo.

### 2.8.2. Trabajo Directivo

“Los empleados, no las organizaciones, -afirma Davenport- son los propietarios del capital humano y son ellos, y no las organizaciones, quienes deciden cuando, como y en donde

realizarán su aportación. Al igual que los inversores financieros, algunos inversores de capital humano se muestran más activos que otros. La clave estriba en que, como propietarios de su capital, pueden elegir”.<sup>452</sup>

El más calificado, según su coste de oportunidad, colocará su capital individual allí donde puede obtener el máximo rendimiento, sea monetario o no; sin perjuicio de la rigidez de la elección.

El pacto entre el directivo y la organización eleva la concurrencia en la posesión desde el fruto al propio capital. La relación semilaboral se configura como un intercambio de situaciones subjetivas posesorias: uno, el control sobre la organización y dos, el control de la organización sobre el directivo. El centro actual del gobierno de la empresa reside, precisamente, en la posesión del dirigente de los recursos de la empresa, de su posición táctica como nudo de contratación global, sea con los demás trabajadores, proveedores, clientes e inversores a cambio de crear valor y riqueza, para sí mismo y para la organización a la que pertenece, a la que ha cedido la posesión de su talento (los rendimientos de la inversión).

Por eso es predicable que la ruptura de la relación suponga, a la par, los beneficios del cese o despido laboral, en materia de frutos y depreciación del capital humano, cuando se realiza y la recuperación del control por la organización y el abandono por el directivo. La ruptura de la posesión cruzada.

### 2.8.2.1. *El alto directivo*

El alto directivo es un trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios o instrucciones directas emanadas de las personas o de los órganos superiores de gobierno y de administración de la entidad (R.D. 1382/1995 art. 1.2).

La dirección es una relación laboral especial cuya función típica es la de “rectoría superior” (TCT 7.9.1987) y que tiene por contenido el desempeño de los poderes propios del empresario respecto a los objetivos generales de la empresa. La proximidad socio jurídica del alto directivo respecto del titular de la empresa explica su tradicional sustracción a la plena aplicación de la normativa laboral.<sup>453</sup>

El alto directivo es un trabajador particular porque si bien presta sus servicios por cuenta de otra persona, lo hace con plena autonomía y responsabilidad, “lo cual excluye

452. DAVENPORT, T.O., *Capital Humano*, Barcelona, 2000, p 25.

453. MONTOYA MELGAR, A., Op. cit, p 499.

## EL CAPITAL HUMANO

la existencia de subordinación en los términos propios de la relación laboral ordinaria”.<sup>454</sup>

La relación entre el directivo y el empresario es una relación de confianza, descrita como una expresión o *alter ego* del empresario. Es un elemento esencial de la organización (empresario organizacional); coadyuvando sistemáticamente por su valor intrínseco a la creación de rentas de gestión. La posesión organizativa es la clave que mejor le define en cuanto promotor de oportunidades de nueva riqueza y su apropiación por los interesados (stakeholders), incluida la suya propia.<sup>455</sup>

Es por esa razón, que la relación jurídica a veces se califica de semilaboral (Montoya Melgar) interpretando que las circunstancias de voluntariedad y ajenidad de la prestación no son requisitos suficientes para identificar al directivo con el trabajador común. Son trabajadores pero que no están sujetos a la misma regulación normativa laboral ordinaria.<sup>456</sup>

La nota individualizante del alto directivo es la autonomía de criterio y la plena responsabilidad confrontado a la dependencia y subordinación del trabajo común o de ejecución.

El alto directivo, en tanto, solo aparece sometido a las instrucciones del titular de la empresa. No lo será el que recibe tales instrucciones de órganos directivos delegados del que ostenta la titularidad (SSTS de 6.3.1987, 11.7.1990). “El alto directivo es el segundo eslabón de la cadena de mando y si esa relación directa con el vértice se rompe, estamos ante un trabajo directivo común, porque no hay alto directivo dependiente de otro alto directivo”.<sup>457</sup>

El directivo manda sobre los que realizan el trabajo de ejecución y recibe instrucciones del empresario, a cuyo cargo está el control de su actuación y, en su caso, el cese o desistimiento por su incumplimiento. Pero, construido su espacio, la actividad del directivo es ampliamente discrecional, lo cual disminuye, hasta su desaparición la eficacia de la dependencia o subordinación.

La doctrina laboral sostiene que el directivo participa de la dependencia si bien es posible deducirla atenuada o debilitada, en base, precisamente a la autonomía de criterio y responsabilidad que ilustra su actividad.

No es persuasivo la graduación de la dependencia porque el contenido de la relación semilaboral destaca por la autonomía. El énfasis es exactamente el contrario al que se

454. MOYA CASTILLA, J.M.-POSE VIDAL, S., *El régimen jurídico laboral de los altos directivos*, Barcelona, 1998, p 51.

455. WIRTZ, P., *Politique de financement et gouvernement d'entreprise*, París, 2002, p 80.

456. DEVAL TENA, A.L., *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Madrid, 2002, p 175.

457. DESDENTADO BONETE, A.-DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000, p 68.

predica: hay un trabajador por cuenta ajena que presta voluntariamente su energía personal en una organización, con independencia de las órdenes de su titular.

Y esta autonomía (profesional) es la característica fuerte de la relación especial. No es que haya una dependencia atenuada o debilitada; sino que existe una relación en la que se reconoce la ausencia de subordinación; la potencialidad del directivo de preordenar sus medios sin que intervenga en la decisión otra voluntad que no sea la suya propia. Efectivamente, habrá un control a posteriori y una ratificación o rectificación de su ejercicio profesional, pero, en el mientras tanto es cuasi empresario organizacional y cuasi trabajador. No hay dependencia cuando el trabajo goza de la potestad de iniciativa y decisión y hay espacio discrecional en la preordenación de medios para el desarrollo de la actividad profesional.

La autonomía se despliega sobre toda la organización o sobre áreas que son determinantes para el resto de la organización y se produce en los términos de posesión y control sobre su funcionamiento y en la satisfacción de los intereses plurales con los que está conectado: trabajadores, proveedores, clientes, accionistas, inversores.

### 2.8.2.2. *La renta salarial y de gestión*

La renta de gestión es la que tiene por fundamento la capacidad del directivo para la generación de una renta organizacional. La ventaja de control posesorio es la que permite al directivo la creación de renta organizacional, sea en su propio beneficio o en la forma de cuasi rentas para los interesados, y no solo ni exclusivamente los accionistas.

La contratación del directivo está inspirada en la creación de una ventaja comparativa para la empresa en el mercado. Es indudable que la dirección cumple una función estratégica en la empresa y la cesión posesoria de la organización no es gratuita, sino que, a cambio, pretende la máxima renta organizacional. Por eso el sistema retributivo actúa como medio de atracción primero y de estímulo posteriormente porque la incorporación de aptitud innovadora implica una fuente de valor única, tácita, específica, difícil de copiar por la competencia.<sup>458</sup>

“Un dirigente con capacidad de gestión superior posee el poder de crear rentas” (Wirtz).

La renta del alto directivo usualmente se produce por pacto formal y expreso al ingreso. El móvil es la obtención de una proporción de ganancias que exceda el importe mínimo por debajo del cual el directivo no entra o dimite de su posición.<sup>459</sup>

458. CASTANIAS, R.-HELFAT, G., *Managerial resources and rents*, Journal of Management, 1991.

459. MILGROM, P.-ROBERTS, J., *Economie, organisation et mangement*, Bruxelles, 1997.

## EL CAPITAL HUMANO

El directivo, desde el momento de su contratación, deviene él mismo componente del (mayor) crédito o reputación de la empresa, fundiéndose o alineándose su crédito o reputación personal, que es inseparable, con el fondo de comercio.

En este sentido el directivo exhibe singularmente un mérito intangible, ya que tiene la potencia de crear valor organizacional y para los interesados. Y en estos términos su acceso, permanencia o cese es susceptible de provocar aumento o disminución patrimonial en la organización. Y esa potencialidad transmuta su know how en activo inmateria

El alto directivo tiene derecho a la indemnización de despido o cese resultante de su pacto de ingreso. La relación laboral especial, como relación de confianza se rige por la voluntad de las partes. En el caso excepcional que no exista pacto, la indemnización legal prevista es equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis meses.

La doctrina del Tribunal Supremo desconoce los efectos fiscales del pacto en orden a la indemnización por cese. El argumento es que en la norma relativa a los contratos de alta dirección ( R.D: 1382/1985) no se establece ningún mínimo o máximo, de carácter obligatorio al cual atenerse, en cuya virtud dichas indemnizaciones están sujetas al IRPF en su totalidad (T.S. 21-12-1995).

El razonamiento de la jurisprudencia suprema aplica la sujeción al IRPF de las indemnizaciones por cese del personal directivo, puesto que las que constituyen compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos sólo son, respecto a las indemnizaciones por cese laboral, aquellas que no exceden del límite máximo que, con carácter obligatorio señala la legislación vigente, “de donde no habiendo ningún límite máximo señalado con carácter obligatorio por el R.D. 1382/1985 para los contratos de alta dirección, las indemnizaciones que por éste personal se perciban quedan sujetos al Impuesto...”.

La sentencia modifica la doctrina administrativa que defiende la exención de los siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis meses en caso de desistimiento del empresario o bien veinte días con un máximo de doce mensualidades en el caso de despido declarado improcedente.<sup>460</sup>

El fundamento de la sentencia basado en el carácter no obligatorio legal para el tratamiento indemnizatorio del directivo dice más de lo que parece.

El pacto deviene la fuente de las obligaciones mutuas y recíprocas. La relación jurídica especial es distinta de la relación laboral común en su naturaleza y los efectos jurídicos relativos. En este caso, predomina la autonomía de las partes en la fijación de la

<sup>460</sup>. PEREZ ROYO, I., Op. cit, p 40, cita, no obstante jurisprudencia y antecedentes en contrario; también LASARTE, J.-ADAME MARTINEZ, F, cit, p 189.

autonomía y responsabilidad del directivo. Hay un predominio del factor no laboral que imprime la nota diferencial, precisamente, en la indemnización por cese. El pacto, viene a decir el TS, invalida el favor iusuris al trabajador común, por cuenta ajena y en relación de dependencia.

La lógica contractual ex ante identifica la aleatoriedad e incerteza de la evolución gestora: su mérito o demérito futuro no elude la imprevisibilidad del riesgo asumido por ambas partes. Por un lado, el directivo trata de asegurar que su reputación o crédito profesional no sufrirá mengua si el devenir le es desfavorable y, por otra, el empleador conviene en la garantía actual que favorezca la permanencia del directivo (eso es lo que se llama fidelización).

En suma, el cese del directivo contempla ab initio la indemnización que asegure o garantice el daño que puede experimentar en su crédito o reputación profesional, unido, naturalmente, a la dificultad sobrevenida de encontrar una posición igual o mejor que la que posee.<sup>461</sup>

La cifra pactada, entonces, no mira tanto al fruto del capital, a diferencia del trabajador común; sino, del menoscabo (capital) del crédito profesional. El pacto pretende resarcir la aleatoriedad e incertidumbre de la reputación del directivo.

La vis atractiva de la profesión exige conciliar la posición del directivo con la empresa en cuanto a que la responsabilidad asumida no está exenta de riesgos inciertos en orden al menoscabo de su crédito laboral, y, previamente, la pérdida de posesión organizativa.

Por lo tanto, la compensación por la pérdida o deterioro del capital directivo está sujeta al IRPF siempre que se traduzca en un aumento de patrimonio del contribuyente. En caso contrario, será una pérdida patrimonial (de largo plazo).

La indemnización por el cese laboral del directivo no está exenta en los términos de la relación laboral común, pero, esto significa que aún cuando esté sujeta, puede no ser gravada. Todo depende de la cuantificación de la pérdida patrimonial derivada de la menor reputación o crédito profesional que sea consecuencia de su cese.

La diferencia entre la indemnización y la pérdida del crédito personal puede derivar en ganancia o pérdida de capital, que tiene por causa el cese en el empleo y —no menos importante— la desaparición de la ventaja de control organizativo.

La disminución de valor capital ocasionado por el cese se resarce, mediante pacto ab initio, en el montante de la disminución sufrida por la reputación profesional del directivo. La indemnización por lesión o pérdida del derecho no patrimonial (su crédito en el mercado) sirve a la compensación de la pérdida de empleo y solo será gravada si hay

461. MAATI, J., Op. cit, p 206; hecho más notorio en caso de mala gestión manifiesta en la que la pérdida del puesto de trabajo “repercute muy negativamente en la carrera profesional del directivo”  
SALAS FUMÁS, V., *El Gobierno de la Empresa*, Barcelona, 2002.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

ganancia patrimonial medida en el aumento en el valor del patrimonio del contribuyente.<sup>462</sup>

El pacto entre el directivo y la empresa sirve para indicar, al inicio de la relación, el valor capital que se le atribuye al primero y que se concreta en el momento del desistimiento unilateral por parte de la empresa. En ese momento se debe comparar si el daño (intangible) es inferior o superior al importe indemnizatorio, si se constata una plusvalía o minusvalía.

De lo anterior se deduce la significativa importancia del pacto de renta salarial y de gestión para la propia calificación del alto directivo como tal. La expresión no pacticia de la relación laboral podría conducir a la inexistencia efectiva de una relación especial.

Así, por ejemplo, el caso de los jefes de máquinas de los buques, donde el TSS resolvió que se trataba de una relación laboral común (SSTTS 11-4-199); 22-5-1990) dando razón a la doctrina –Montoya Melgar– que defendía esa definición respecto al capitán del buque que sí está implicado en la relación directiva.

### 2.8.2.3. *La indemnización del representante por despido improcedente*

Los mediadores que actúan por cuenta ajena sin asumir riesgo y ventura de las operaciones mercantiles (R.D. 1438/1985) tienen derecho a la indemnización que pueda corresponderles por despido improcedente y, además, una indemnización especial por incremento de clientela.

El representante consigue la indemnización por clientela en base a la idea de condominio con la empresa por la clientela aportada, su cuota abstracta o parte intelectual que se concreta en una proporción cuantitativa –la especificación de su derecho– correspondiente. La cuota o parte intelectual de un todo que es la clientela que coadyuvó a conjugar en su permanencia.

La clientela queda en la organización, pero, su autor o colaborador ve recompensada su actividad en la parte que le toca. La especificación del derecho del representante podría calificarse como una ganancia patrimonial siempre que diera lugar a la actualización de los derechos recibidos: la indemnización es superior al valor estimado del incremento de clientela. Pero, si no lo fuera la renta no estaría sujeta ya que supone la trans-

---

462. GOTA LOSADA, V.A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, T. II, Madrid, 1988, p 69. En orden a igual reflexión con respecto al IS y las indemnizaciones por pérdida de fama, clientela, fondo de comercio.

La renta excluida en el sistema del Income Tax de los EEUU comprende la indemnización de la “reputación profesional” que se daña: “recibida a causa de cualquier invasión de los derechos que tiene garantizados el individuo por la sola virtud de ser persona a los ojos de la ley”, así por ejemplo, las retribuciones destinadas a resarcir el daño al honor, a la imagen o al fondo de comercio. Roemer *c/ Comm.*, 1983; Threlkeld *c/ Comm.*, 1986.

formación de las cuotas ideales en dinero “la concreción o especificación del contenido material de un derecho ya existente” (STS 28 de junio 1999: “mera concreción o especificación de un derecho abstracto preexistente”).

La indemnización especial por incremento de clientela revela una cualidad del representante que le identifica como partícipe en el valor de clientela, acreditando su derecho a una parte alícuota que se concreta en el momento de su separación: la clientela como comunidad de bienes entre la organización y, en este caso, los protagonistas de su adquisición. La clientela como un proindiviso entre varias personas.

La idea no es nueva ni original. Ripert, en el derecho francés, iluminaba al afirmar que entre el representante y la organización hay una acción común de la que nace un interés común. La clientela común presupone que la colaboración en la creación y desarrollo de una clientela converge en el aprovechamiento recíproco del resultado entre los que la construyen: la clientela es una cosa común, un bien común sobre el cual tanto la organización como el representante ostentan derechos.

“Si el representante debe ser indemnizado por su aportación de clientela a la empresa que lo cesa en el empleo, es porque tiene un cierto derecho sobre la misma... Hay que admitir que la clientela pertenece a la vez al comerciante y al representante. El comerciante aporta su instalación y el representante su actividad. Están asociados para la constitución de una clientela. Esta asociación es una colaboración y no una sociedad. La colaboración crea una obra común...”.<sup>463</sup>

La particularidad de la compensación especial es su vertebración sobre el capital relacional de la organización. El representante recoge su contribución cualitativa (más clientela) al fondo de comercio.

La participación del representante en la clientela reconoce su mérito o crédito profesional laboral, que, como es natural, no puede asimilarse a una renta exenta por cese o despido, ya que responde a otra motivación. En verdad, el representante, aunque asalariado, tiene un momento profesional autónomo derivado de la inversión de su capital humano en la obtención de (más) clientela. La indemnización a percibir debe observarse como una especificación de ganancia patrimonial del total conjunto de la clientela de la organización. El representante procura clientela al fondo de comercio en una proporción ideal determinada y se le retorna su contribución al separarse de la organización. Esa especificación de su crédito profesional, traducido en una remuneración especial, no es una

<sup>463</sup>. RIPERT, G., *Une nouvelle propriété incorporelle: la clientèle des représentants de commerce*, Dalloz, 1939, chron., p 1.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

ganancia patrimonial yuxtapuesta a la que pudiera corresponderle como trabajador, sino una devolución o reembolso de la parte abstracta sobre el total de la clientela aportada.

Por lo tanto, la especificación de clientela, una suerte de comunidad de bienes en la que participan los que la crean, puede calificarse como renta sujeta, siempre que la aportación de clientela que le sirve de supuesto no sea equivalente a la indemnización reconocida.

### 2.9. LA RENTA DEL CAPITAL HUMANO

La renta salarial y de gestión ilustran el sistema de retribución fija o variable del trabajador y la que se desprende de su ventaja de control del directivo o administrador en la generación de plusvalía organizacional.

La renta del capital del trabajo es una renta del personal, aunque del directivo en particular, que es pasiva respecto a la prestación de energía personal para conseguirla y finalista, vinculada a la permanencia del interesado en la empresa.

Es pasiva por cuanto no aparece directamente vinculada a las condiciones personales del empleado ni tampoco a las circunstancias del trabajo realizado.

Es finalista porque se otorga para atraer o para que el capital humano se quede en la organización. Eso se entiende por fidelización.

Pero, asimismo, es una renta de equivalencia con el capital accionarial, pretendiendo el alineamiento del interés del personal con el de los propietarios o titulares del capital social. Al decir equivalencia entiendo que hay una proporción, cualquiera que sea, de bonus, acciones, derechos y opciones sobre acciones o respecto a valores que toman como referencia a las mismas, que intercambia o permuta el capital de riesgo por estabilidad del capital humano.

La retribución variable no escapa, en la práctica a su definición salarial: en sentido amplio es una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada (TS 24 y 25-10-2001).

La retribución laboral, en su sentido unitario, comprende cualquier pago obligatorio del empleador al trabajador que no tiene una causa autónoma respecto a la actividad realizada, cualesquiera que sea su denominación, sea en dinero o en especie, e implique participación en los productos o beneficios.<sup>464</sup>

La retribución puede constar de una parte fija, regular, ordinaria, despegada de cualquier incertidumbre, típicamente, el salario; y una parte variable ligada a objetivos,

---

464. PUOTI, G., *Il Lavoro*, Op. cit, p 180.

resultados o beneficios, en forma de bonus, stock options, acciones o valores referenciados a acciones, que, adoptan o pueden adoptar un carácter aleatorio, accidental, excepcional.

El capital humano del trabajo aparece, entonces, compensado por el salario desde el momento que se reconoce su dificultad de diversificar su uso. Pero, al mismo tiempo, sugiere la posibilidad de una contraprestación variable al riesgo asumido, en forma de dividendos laborales o, directamente, en ganancias o pérdidas patrimoniales.

La rigidez del salario se modera o flexibiliza, apuntando la diversificación, cuando el trabajador admite parangonar su inversión con la de los accionistas, con el capital de riesgo. Esto comporta necesariamente, por definición, la inversión del trabajo en el capital de riesgo de la organización, sea a paridad con los accionistas o en diversa medida a través de los distintos instrumentos que vehiculan la participación del trabajador en los beneficios o resultados de la empresa.

La variabilidad de la remuneración no desnaturaliza su carácter salarial y así se sostiene unánimemente. Pero, esto no impide tomar en consideración un aspecto, cual es el riesgo, que de dominar sobre el resultado final, el saldo positivo o negativo para el trabajador, pudiera suscitar la duda que se despeja. O sea, un salario que puede finir en balance negativo no parece que convalide la naturaleza salarial de su inexistente percepción.

Así, el dividendo laboral negativo, por ejemplo, el bonus sobre beneficios que no se producen, admitiría que fuera susceptible de deducción por la cuantía no devengada. Y ello no porque fuera un salario frustrado, sino porque se trata de un rendimiento negativo del capital de trabajo. El dividendo negativo del trabajador no le resta retribución salarial, sino rendimiento al esfuerzo suplementario que no se traduce en más resultado o beneficio de la empresa.

De igual modo, la entrega de acciones o stock options alinea al trabajador con el accionista, sometiéndole al riesgo propio de la inversión en capital financiero; con lo que puede ganar o perder capital.

La presencia de dividendo laboral o ganancia o pérdida de patrimonio sirve para indicar que los productos del capital humano no siempre reúnen el atributo de salario, sino que pueden observarse como dividendos o ganancias de capital en los que el hecho aleatorio puede desvirtuar su percepción por razón de riesgo, sin que la conexión con la relación laboral sea evidente o inmediata.

La retribución en riesgo, paradójicamente, sirve al empleado que asume más riesgo en la aplicación de su propio capital personal. Al contrario, también recibirá el mayor beneficio de su inversión. Por ejemplo, la entrega de acciones.

El derecho al dividendo laboral permite participar de los beneficios o ingresos por causa de la relación de trabajo, aunque externo a la concreta actividad desplegada por el

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

trabajador. Y es una retribución que puede o no percibirse, ya que depende de la evolución general de la empresa y sus resultados. Al límite, hasta podría dar lugar a un rendimiento (laboral) aunque no llegue a devengarse. Por ejemplo, bonus que dependen del cumplimiento de objetivos genéricos o específicos de los empleados, en función de las ganancias.

El abanico de renta de capital humano no puede reducirse al salario, sino, comprender otras retribuciones que no son salario aunque se integren en su generalización.

No siempre ni en su totalidad la renta del trabajo es rendimiento del trabajo personal.

La renta organizacional del alto directivo o de gestión del administrador responde antes a su valor capital, que a su carácter de fruto (civil) de capital humano. El dividendo laboral o la participación en el capital de riesgo pueden comportar rendimiento, pero, asimismo, pérdida porque están expuestas a la aleatoriedad.

En sentido contrario, se consideran rendimientos del trabajo personal. Las retribuciones a los administradores, a los altos directivos o a los promotores o fundadores de sociedad que perciben remuneraciones por sus servicios personales (LIRPF art. 16 e, g, j.).

Y, simétricamente, son rendimientos del capital mobiliario los que proceden de activos que facultan a la participación de beneficios, ingresos, ventas, por causa distinta de la remuneración del trabajo personal (LIRPF art. 23) 2º).

El legislador rechaza que pueden existir rendimientos que no son de trabajo personal, sino de capital mobiliario o ganancias patrimoniales relativos a la renta del capital humano. O dicho con precisión, se rehúsa a distinguir el salario de otras contraprestaciones que no lo son y que tienen por fuente al asalariado, al alto directivo, al administrador.

Las retribuciones variables no son rendimientos del trabajo personal, sino del capital trabajo. Y, precisamente, por eso no se traducen en más salario, sino en más dividendo o ganancia de capital o, también en rendimientos inexistentes o pérdidas.

Es la compensación al capital humano de riesgo: la financiarización de la energía laboral de la persona. El producto financiero del trabajo.

El encaje sistemático, entonces, debiera calificar como rentas del capital mobiliario o incrementos o disminuciones de patrimonio a aquellos rendimientos que tienen por causa el trabajo, aunque no el trabajo personal. El capital acumulado de trabajo antes que la prestación personal y efectiva.

### 2.9.1. Stock Options

La opción sobre acciones es un contrato a plazo mediante el cual la parte concedente reconoce al beneficiario la facultad, que no la obligación, de comprar mediante el pago

de una prima una determinada cantidad de activo subyacente –acciones–, dentro de un plazo y a un precio predeterminado (precio de ejercicio).

La opción confiere al beneficiario la facultad de decidir si realiza o no la compraventa pactada. Esto implica que con la compraventa la pérdida es mayor cuanto mayor sea la variación negativa del precio, mientras que con la opción la máxima pérdida es la prima. La prima, como se afirma, tiene una función aseguradora porque limita la pérdida en caso de evolución desfavorable del precio y reduce el beneficio si la evolución es favorable.<sup>465</sup>

La particularidad de las stock options al personal en general, aunque empleadas esencialmente a favor de los directivos y administradores, persigue la retribución al trabajo acumulado, al capital, favoreciendo su vínculo de permanencia en la organización. Esto define la fidelización. El ejercicio de las opciones conduce a la obtención de acciones propias del concedente sea por emisión de nuevas o por la entrega de acciones preexistentes.<sup>466</sup>

Sin embargo, la doctrina no ha dejado de apuntar algunas peculiaridades de la stock option laboral que la distingue del instituto financiero.

Primero, la ausencia de prima a pagar por el beneficiario, lo cual denota ya no la gratuitad, sino la atribución de una ventaja patrimonial que no reposa en la contraprestación concreta, sino en la disposición a favor de la empresa del capital (de trabajo) de la persona, objeto de la retribución.

No es persuasivo sostener que la condición impuesta a la opción en términos de resultados y objetivos a alcanzar *ex post contractu* conlleva que “la prima o precio queda embebido en la contraprestación laboral o de servicios nacida de una relación laboral o del vínculo orgánico que mantiene el beneficiario con la sociedad que paga las opciones...”<sup>467</sup>

En verdad, la no prima es la prima a la permanencia del directivo.

La causa de la opción no es otra que la de servir al refuerzo de la permanencia del beneficiario en la empresa, al menos hasta el momento en que proceda a su ejercicio. Congruente con ello, es la práctica administrativa tributaria que establece que el devengo del rendimiento ocurre al momento del ejercicio del derecho si las opciones no son transmisibles: el derecho personal de opción no transmisible a terceros puede proveer un rendimiento cuando lo ejercita el mismo que lo recibió.

Segundo, la ausencia de prima, que es una prima a la permanencia del directivo o administrador, distingue el dividendo laboral de la stock option financiera. Pero, así-

465. GABRIELLI, M.- DE BRUNO, S., *Capire la Finanza*, Milano, 2002, p 645.

466. IBAÑEZ GIMENEZ, J., *Stock Options*, Madrid, 2001, p 38.

467. IBAÑEZ GIMENEZ, J., Op. cit, p 40.

## EL CAPITAL HUMANO

mismo, la normal cobertura del riesgo que supone el descenso en la cotización de las acciones por la propia concedente. La eliminación del riesgo, que es consustancial al derivado financiero, cuando el valor de las acciones no aumenta conforme a lo previsto, mediante la revisión del plan de opciones (repricing), elimina uno de los caracteres dominantes de la figura.

Por eso no es de extrañar las reticencias que se despiertan. Los beneficiarios no pagan las opciones y las ejercitan solo en tanto y en cuando produzcan un rendimiento positivo.

Esto —dice Stewart— es un capitalismo sintético, sin riesgos. En lo que aquí interesa destacar es que solo por exageración puede concebirse la stock option como salario. Es un beneficio del capital (humano) que no del trabajo. Es un dividendo otorgado a la aportación y estabilidad de la energía laboral acumulada, que se trasunta en un fruto (civil) del capital, que no es salario.

Podría suceder que el beneficiario satisfaga la prima, no hubiera plan de revisión de las opciones y éstas no fueran negociables o transferibles a persona distinta. En este caso, el rendimiento que deriva del ejercicio de la opción, y la subsiguiente adquisición de las acciones, será una ganancia o pérdida patrimonial. La diferencia entre el importe de partida de precio de ejercicio y el valor de las acciones en el momento de actuar la opción.

El disfrute o la ganancia de capital vinculada a la cotización de las acciones no tiene que ver con los rendimientos del trabajo personal.

Así, Sanchez Andrés, al definir que el tema de las stock options no puede ni debe interpretarse como un asunto puro y simple de naturaleza salarial.

El dividendo laboral y la ganancia de capital, en su caso, a que da lugar la stock option no es un fruto del trabajo, sino del capital de trabajo y, por tanto, no debería servir como gasto de personal o coste salarial. Es otra renta de capital mobiliario, basada en la persona, o una ganancia de capital que se transforma en acciones, cuando el beneficiario la pague y asuma los riesgos propios de la inversión y la no transferibilidad.

La eficacia de la stock option laboral es severamente cuestionada.

En primer término, porque es un incentivo cortoplacista interesando la sobrevaloración de las acciones subyacentes que es la base del beneficio concedido. “El directivo puede influir sobre los procesos y utilizar la información que dispone para expoliar a los mandantes”.<sup>468</sup>

Al contrario, es un paracaídas a la baja: cuando el valor de las acciones es menor que el precio de ejercicio se verifica la insensibilidad al curso de las mismas. Las opciones

468. MAATI, cit, p 133.

quedan definitivamente devaluadas. Las opciones no alinean al directivo con los accionistas, sino que crean un tratamiento privilegiado, difícilmente justificado. Las opciones ponen en paridad al beneficiario y al capitalista financiero, con la diferencia que el primero no las paga ni asume riesgo alguno. Por eso, la retribución mediante opciones es fuertemente criticada en cuanto produce despatrimonialización y descapitalización de la empresa, por la prevalencia del interés y la ventaja de control del directivo y/o administrador.<sup>469</sup>

En segundo lugar, la calificación mágica de la opción como parte del salario, aunque no sea consecuencia directa de la prestación personal y directa del beneficiario, produce una extensión inapropiada del concepto, obligando a la doctrina y jurisprudencia a explicarlo como concepto retributivo complejo (TS 24-25-10-2001), cuando, su entrega no aparece vinculada a la actividad del personal, sino a su estable permanencia en la organización y para que se quede. O sea, es una renta pasiva al capital de trabajo, que no al trabajador.

### 2.9.1.1. Naturaleza Jurídica

La stock option es una opción de compra. Un contrato preparatorio, consensual, casi siempre unilateral en el que es indudable la voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, efecto que se produce mediante la manifestación de voluntad del optante y la vinculación de la oferta por parte del cedente (S. 9 de febrero 1985).

Los elementos principales de la opción de compra son:

- a) La concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra.
- b) El señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición.
- c) La determinación del plazo para el ejercicio de la opción (S. 4 abril 1987).

Es un contrato que concede al optante la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por el optatario durante un determinado periodo de tiempo, para el ejercicio de su derecho, y ejercitado tal derecho conduce a la ejecución posterior del contrato a que la opción viene contraída y que estaba supeditado en su efectividad al ejercicio de opción contenido que no genera efectividad alguna hasta llevarse a cabo la compraventa. (S.S. 9 de febrero y 25 de marzo de 1985).

La jurisprudencia civil en torno al artículo 1451 del C.C. expone los trazos de la opción de compra (promesa unilateral de venta) que imbuje el modo de las opciones de

469. SÁNCHEZ CALERO, F., cit, p 1520.

## EL CAPITAL HUMANO

compra de acciones o participaciones, siendo lo destacable la consumación que depende exclusivamente del optante, cuyo ejercicio obliga al concedente al cumplimiento del contrato principal (de compraventa) (S. 22 junio 1966, 21 de octubre 1974).

La opción de compra, como cualquier otra promesa unilateral de venta, obliga unilateralmente al concedente o promitente hasta que el optante decida. El contrato de opción de compra no significa un contrato definitivo y perfecto de compraventa.<sup>470</sup>

El optante puede renunciar o abandonar su facultad o inclusive dejarla caducar porque no le interesa ejecutarla. Por ello, mientras no se ejercite la opción de compra puede coincidir con la tesis que no ingresan en el patrimonio del beneficiario (TS 24-24-10-01).

Con la particularidad, además, que la diferencia entre el precio de ejercicio y el precio corriente de la acción será siempre a favor del optante –el precio de ejercicio de la opción es menor que el precio de la acción– (la opción se liquida *in the money*).

La opción laboral, entonces, no puede dimitir de su consideración conjunta con la actividad subyacente, por lo que su eficacia jurídica tributaria adviene cuando se adquieren las acciones (el devengo sucede en el instante del ejercicio).

Al contrario, la opción laboral podría examinarse como instrumento independiente de la actividad subyacente solo en la medida en que se funde en la cedibilidad o negociabilidad a terceros. La opción tiene en si misma un valor patrimonial, “un desmembramiento de los derechos financieros anejos a los títulos subyacentes”, en el sentido que el optante puede ejercitar a su conveniencia la opción conforme a la evolución favorable o desfavorable de la acción.<sup>471</sup>

Por eso, la opción negociable queda sujeta desde el mismo momento de su concesión y su valoración será el valor intrínseco del derecho reconocido de acuerdo con su valor normal de mercado (LIRPF art. 44).

La opción es una facultad que adquiere eficacia cuando se ejercita. En ese instante puede predicarse su utilidad para el beneficiario. Ello supone que si esto no ocurre, sea por renuncia o abandono del ejercicio o por cese o despido del destinatario; la opción pierde su significado de expectativa de derecho patrimonial. La opción laboral, sin prima ni negociabilidad, vale cuanto el diferencial entre el precio de ejercicio y el valor de las acciones subyacentes consienta una ventaja patrimonial. La expectativa jurídica, en si misma, carece de autonomía patrimonial propia con respecto a la operación sobre las acciones subyacentes.

La promesa se perfecciona a través del ejercicio y la incorporación de las acciones de referencia al patrimonio del directivo o administrador.

470. BERCOVITZ, A., *Comentarios al C.C.*, p 1673.

471. PIERON, A.-BROSENS, J.-COLMANT, B., *Les instruments financiers dérivés*, Diegem, Bruxelles, 1998, p 283.

Cuando ello se suscita cabe hablar de utilidades percibidas de la organización por el hecho del trabajo. El modo en que se califica la utilidad puede ser diverso, pero, un criterio a emplear es que se trata de una ventaja patrimonial consistente en la oportunidad de obtenerla por la condición de permanencia del personal en la empresa.

Por lo tanto, bien puede asimilarse la opción a un “constructive dividend”, en la percepción al trabajador de un ingreso que no lo denota. En otros términos, es un dividendo que se traduce en acciones al capital de trabajo en el bien entendido de que conste la estabilidad durante el periodo de su ejercicio.

Por eso no es defendible que la opción sin pago de prima supone salario cuya contraprestación consiste en los trabajos o labores desempeñadas en la gestión empresarial. En efecto, la opción es ajena y distinta de la retribución salarial, es una renta eventual y futura, que ni siquiera puede llegar a verificarse si no se ejercita o se renuncia a ella.<sup>472</sup>

En igual sentido tampoco apoya considerar la opción como la oportunidad ideal del trabajador de lucrarse.

Básicamente, porque esa idea puede que no se llegue nunca a materializar. Antes del ejercicio no hay sino una mera expectativa de derecho vinculada siempre a la permanencia del empleado y su no transmisibilidad a terceros.

Por eso no puede establecerse, como en el caso de los derivados financieros, la autonomía de la opción respecto a su desembocadura en la adquisición de las acciones mediante su ejercicio. Es una operación coligada cuyos efectos tributarios no se verifican sino en el momento en que se perfecciona en su conjunto.

Hay una utilidad otorgada al personal, en particular alto directivo y administrador, que puede concebirse como “constructive dividend” un dividendo laboral, cuyo contenido son acciones o participaciones de la empresa en la que trabaja: rendimiento de capital del trabajo.

A mayor abundamiento: no hay salario que pueda reputarse pérdida patrimonial, pero, si el optante abandona definitivamente su ejercicio no solo no hay valor patrimonial para el titular, sino que podría afrontar una pérdida patrimonial en caso que le hubieran imputado previamente rentas del trabajo en especie y, justamente, por ese importe.<sup>473</sup>

### 2.9.1.2. *La Stock Option en el IRPF*

El art. 17 LIRPF establece la reducción del 40% en el caso de rendimientos que tengan un periodo de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica.

472. C/ IBAÑEZ, J., Op. cit, p 121.

473. *Administradores y Directivos, 2002-2003*, Ediciones Francis Lefevre, Madrid, p 200.

## EL CAPITAL HUMANO

dica o recurrente, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

En el caso de rendimientos que deriven del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones por los trabajadores, la cuantía sobre la que se aplique la reducción no puede superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación del rendimiento. A estos efectos, cuando se trate de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo se toman cinco años.

En términos prácticos esto supone, en el 2003, que el importe de la renta no puede superar el resultado de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes del IRPF –17.900 euros–, por el número de años de generación. Sobre las cantidades que no están al amparo de la reducción se aplica el tipo marginal del contribuyente que, como máximo, será del 45%.

Los requisitos reglamentarios (art. 10.3 RIRPF) obligan a que las opciones de compras se ejerciten, al menos, dos años después de la concesión de la promesa, y, al tiempo, que la promesa no se reitere de forma anual.

La cuantificación de la opción una vez ejercitada, sin prima y no transferible es la diferencia entre el valor de cotización de las acciones y el importe del precio de ejercicio fijado.

La composición conjunta de la opción permite individualizar una de sus características, que permiten su diferencia con figuras próximas, y es que la opción siempre supone un derecho o facultad sobre las acciones, sean de nueva emisión o la adquisición de acciones viejas.

Esto habla de un contrato único cuyo objeto es el activo accionarial subyacente y en que el optante dispone de la facultad o derecho, que no obligación, de ejercicio en un periodo o fecha determinado y a un precio convenido.

La opción sobre acciones presume de su eventual realización, si concierne a la decisión del optante. Pero, hay otros sistemas retributivos que nunca culminan en la adquisición de acciones, aunque así lo quisiera el beneficiario y que, por mera aproximación, aparentan un concepto opcional del que carecen.

Primero, las denominadas opciones de compra de acciones virtuales o nocionales (phantom options). Esta modalidad de ingeniería financiera es una modalidad salarial, que no de capital humano, en el que en ningún caso trae por objeto la adquisición o venta de acciones reales y auténticas: “Los derechos económicos percibidos lo son por un concepto retributivo donde la liquidación, siempre dineraria, se practica en una cuenta especial ... y constituye inequívocamente un modo de cumplimiento de un plan remuneratorio”.<sup>474</sup>

474. IBAÑEZ, J., Op. cit, p 95.

La opción sobre acciones fantasmas o nocionales, en todo caso, ficticias, es una parte del salario. En rigor, la pretensión de encubrirlas bajo la designación de opciones de compra de acciones suscita, por la pretensión de la ventaja fiscal, la señal de fraude de ley. Es una configuración que busca la cobertura de la opción de acciones, cuando no lo es, para procurar el beneficio de la reducción del 40%.

Este sistema de retribución es previsto en la legislación mercantil bajo la indicación de retribución referenciada al valor de las acciones (LSA art. 130 y Disposición Adicional).<sup>475</sup>

La liquidación en metálico de un bonus calculado por referencia al valor hipotético de la acción es una retribución salarial, un rendimiento de trabajo personal. Pero, no resulta que puede identificarse con la opción de acciones. Y por tanto, en coherencia, no es un dividendo al capital de trabajo, sino una contraprestación por servicios personales directos e inmediatos, aunque se vinculen a resultados, objetivos, o productividad.

La confusión está servida desde el mismo momento en que la propia norma mercantil asimila los sistemas retributivos (al capital) del personal con el salario. Pero, desde la perspectiva de la realidad jurídica efectiva no es dudoso descartar que las opciones fantasmas no son opciones sobre acciones.

Los planes generales de opciones de compra sobre acciones suponen duplicar el límite de cantidad –17900 e anuales– en la aplicación de la reducción del 40% (LIRPF art. 44 bis). La ventaja solo se atribuye siempre que las acciones y participaciones adquiridas permanezcan, al menos, durante tres años, a contar desde el ejercicio de la opción en el patrimonio del trabajador y que el plan de oferta se realice en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupo de empresas.

La oferta general a los trabajadores de la opción de compra de acciones o participaciones no oculta, como anota la doctrina, que, en la práctica, sus destinatarios sean administradores y altos directivos antes que al trabajador ordinario en relación de dependencia.<sup>476</sup>

Los derechos ejercitados no son transmisibles durante un cierto periodo de tiempo con la finalidad de la permanencia del beneficiario en la empresa y su alineamiento estable con los intereses de los accionistas.

<sup>475</sup>. En igual sentido, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *Participación de directivos y trabajadores en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario*: “Dada la confusión terminológica existente en la materia es interesante señalar que algunos de los programas quizás incorrectamente denominados de stock options no contemplan la entrega de acciones de la compañía (o de acciones de sociedades del grupo) y no pueden, en puridad encuadrarse dentro de los sistemas de participación en el capital”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a F. SANCHEZ CALERO, V.I.*, p 882.

<sup>476</sup>. FERNÁNDEZ DEL POZO, L, cit, p 821; STEWART, Op. cit, p 322: “Es obvio que los trabajadores de los niveles retributivos más bajos no pueden permitirse otra cosa que salarios, tienen necesidad de dinero en contante”.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

El programa de concesión de opciones consta de tres fases: la aprobación del plan por la Junta; la comunicación de la oferta a los trabajadores y, por último, el ejercicio de la opción que se materializa en la entrega de las acciones por la entidad al optante; en la inteligencia que se mantiene vinculado a su trabajo durante el periodo de ejercicio, ya que de otra forma no podrá consumarla.

La realización de la oferta a todos los trabajadores/ directivos en las mismas condiciones no significa que no pueden diferenciarse las circunstancias personales de los optantes, siempre que no implique una discriminación subjetiva, una exclusión subjetiva de algunos trabajadores (DGT 26-1-1998). Inclusive, tampoco es preceptivo conservar para las opciones la proporcionalidad con la parte fija del salario<sup>477</sup>.

Del texto legal definitivo se ha eliminado la referencia a la proporción a la antigüedad del trabajador en la empresa, que se criticaba por entender que se trata de un factor distorsionante al introducir una variable ajena a la finalidad de las opciones sobre acciones. No obstante, la antigüedad, aunque no sea más que una reflexión teórica, parece pertinente considerarla porque, justamente, la permanencia histórica en la empresa viene reconocida como mayor derecho a la permanencia futura. Al fin y al cabo, el capital (humano) del trabajo es acumulación histórica de energía personal, un plusvalor digno de mención.<sup>478</sup>

### 2.9.1.3. *La Entrega de Acciones*

La entrega de acciones promueve una articulación más seria entre el interés del accionista y el empleado. Esa articulación apunta a una suerte de intercambio del valor capital representativo en la organización en sus principales atributos; la financiarización del trabajo y la laboralización del capital financiero.

El trabajo-capital y el capital-trabajo se reúnen en la misma persona, asumiendo o compartiendo el riesgo de la empresa, precisamente, en su condición de empleado.

La participación accionarial es descrita en general como la mejor de las vías de reconocimiento del capital humano, “recompensándole por lo que crea” (Stewart). Primero, porque es equitativo: en caso de cese o despido el empleado conserva la parte de beneficio y capital al que contribuyó. Segundo, porque interesa al empleado en el gobierno de la empresa, mediante el otorgamiento de los relativos derechos políticos.

---

<sup>477</sup>. GARCÍA NOVOA, C., *Las deseables modificaciones de la fiscalidad de las stock options en la nueva ley del IRPF*, El Fisco, julio 2002.

<sup>478</sup>. TOVILLAS, J.M., *La participación de los empleados en el capital de su empresa: una opción fiscalmente atractiva*, El Fisco, julio 2002.

El empleado accionista asume que su compromiso económico, exista o no asistencia financiera de la entidad, y el valor de la inversión está sujeto a ganancia o pérdida de capital, pudiendo, entonces, quedarse en menos de lo pagado para su compra.

La participación en el capital dota a su titular de los ordinarios derechos políticos –de voto- y económicos –dividendos- propios del accionista.

Esa participación, no obstante, queda expuesta a la dilución de su influencia en orden a la designación de los administradores o por la menguante cuantía de las aportaciones efectuadas.

Las acciones “de trabajo”, paradójicamente, no tienen como fuente el trabajo realizado. La doctrina mercantil así interpreta la prohibición de emitir acciones que no se correspondan con una efectiva aportación patrimonial (“en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios”, art. 36.1 C.C.).<sup>479</sup>

Es natural concluir que, si la entrega o emisión de las acciones no supone ni puede ser la compensación de la promesa de efectuar prestaciones laborales futuras, lo cual está mercantilmente prohibido; será consecuente establecer que la creación de acciones no tiene como contrapartida el trabajo de los empleados a quienes fueran destinadas.<sup>480</sup>

Por tanto, en la materia, se discierne según el origen del capital del capital de trabajo.

Las acciones pueden corresponder a beneficios o reservas disponibles atribuidas a los trabajadores; a cambio de nuevas aportaciones dinerarias o a la suscripción de las acciones a través de la asistencia financiera de la sociedad para toda clase de adquisiciones de acciones de la propia sociedad o de otra del grupo por parte del personal de la empresa (C.C. art. 81.2).

La integración societaria de los trabajadores no recurre a la identificación entre el salario y su transformación en accionista. No hay un pago por la realización de la actividad laboral, sino una contrapartida al trabajo capitalizable, al trabajador que en el seno de la empresa aspira al título de accionista.

Un supuesto claro de capitalización del trabajo acumulado es la posibilidad que tiene el trabajador de aportación del crédito salarial –pasado, histórico- que tiene a su favor contra la propia sociedad (C.c. art. 39.2). En principio –afirma Lojendio Osborne- no debe haber problema para que la contrapartida de las nuevas acciones venga constituida

479. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., cit, p 867; la infracción a las reglas de integridad del capital se produce cuando se emiten acciones sin auténtica contrapartida patrimonial o a cambio de la simple promesa de prestar servicios futuros. “Por ejemplo, cuando se emiten en contrapartida de la prestación de trabajo propia del correspondiente contrato de trabajo (o de servicios o de alta dirección)”.

480. LOJENDIO OSBORNE, I., *Aportaciones sociales*, vol. 3, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles; URÍA, R.-MENENDEZ, A.-OLIVENCIA, M., Madrid 1994, p 43: “en todo caso la regla general no cambia, o dicho, de forma directa, que las acciones no son equivalentes salariales, porque el trabajo no puede capitalizarse mediante la prestación laboral futura.

## EL CAPITAL HUMANO

por dicho crédito. El crédito del trabajador –su antiguo salario- viene a compensarse en forma de acciones con el débito que la sociedad tiene a su respecto. Ese salario devengado no es fruto (civil) del capital humano, sino un elemento capitalizado de la persona.

La capitalización del trabajo histórico alcanza su mayor significado en la conversión de la prestación por desempleo en pago único que resulta exenta, hasta un límite, siempre que se destine y mantenga en forma de acciones o participaciones en sociedades laborales o cooperativas (LIRPF art. 7).

El desempleo no es ocasión de salario, y, su liquidación como capital finalizado a la inversión en determinado tipo de sociedades expone que la acción de trabajo no es derivada del trabajo, sino del capital de trabajo.

Hay, no obstante, un matiz a considerar en cuanto a la parte salarial de la entrega de acciones.

La sociedad puede facilitar al personal de la empresa la adquisición de acciones propias o de una sociedad del grupo mediante asistencia financiera –anticipación de fondos, concesión de préstamos, garantías, precios inferiores a los del mercado-, conforme al artículo 81 LSA.<sup>481</sup>

Las modalidades de asistencia financiera, en cualquiera de sus manifestaciones no pueden refutar su carácter salarial.

Son retribuciones específicas, aún cuando destinadas a facilitar la compra de acciones del personal de la empresa, que integran el salario.

La asistencia financiera, en sentido general, es una retribución que tiene por causa la actividad laboral en la empresa y que, a diferencia de la entrega de acciones, no puede eludir su calificación salarial, en particular, una retribución en especie.<sup>482</sup>

La asistencia financiera por precios inferiores al mercado o abaratando el interés de préstamos o créditos concedidos al personal para adquirir las acciones, las compras apalancadas, las garantías o avales de la propia sociedad exhibe un carácter subvencional, de transferencia sin contraprestación. Es una renta complementaria al trabajador para estimular su capitalización y la de la empresa. Vale al respecto algún reproche que interpreta lógica la apropiación de plusvalía por el mundo del trabajo como discriminación positiva a favor de la parte más débil, aunque haciendo hincapié en la carencia de fundamento en el caso del alto directivo o administrador.<sup>483</sup>

En suma, la entrega de acciones al personal de la empresa es una fórmula de accionariado de capital de trabajo que comporta su vinculación más estrecha al gobierno de la

481. FERNANDEZ DEL POZO, L., cit, p 844.

482. SANCHEZ ANDRÉS, A., cit, p 1531.

483. SANCHEZ ANDRÉS, A., cit, p 1535; ...” practicar política social a costa del bolsillo de los accionistas...”.

empresa; pero, que contando con una prima de emisión por asistencia financiera supone una renta en esa fracción que tiene carácter salarial en especie. La ayuda para la compra de la acción, que no la acción en si misma.

La calificación genérica de intercambio de permanencia por capital de riesgo impide incluir en la definición de acción otros títulos que no sean los que pueden identificar la figura del accionista.

Por ejemplo, en mi opinión, quedarían excluidas las acciones fantasmas que responden a un capital hipotético, teórico o nocional, pero que no se materializa en acciones; las performance shares –acciones por objetivos–, puesto que, al límite, afectan la prohibición mercantil de trabajo futuro por aportaciones al capital; el “stock leverage plan”, con garantía de cotización en caso de curso desfavorable del título, puesto que el riesgo a asumir no tiene justificación si no es idéntico al del accionista.

La retribución variable a los trabajadores/directivos está rodeada de incertidumbre.

La utilización de indicadores contables, susceptibles de manipulación, y objetivos de empresa, sean generales o particulares, incurren en asimetrías de información, puesto que deja librado a la tecnoestructura la definición de su ventaja de control intrínseco: los accionistas y demás interesados no tienen condiciones de acceso pares al sistema de información que permita el control y evaluación objetivo del personal de la empresa, en particular los directivos. El incentivo al mejor trabajo futuro no parece radicalmente conexo a la evolución futura de la organización o no lo es en forma significativa.<sup>484</sup>

Por eso, la acción en un aspecto inclina la retribución futura en consonancia con el riesgo que corren los accionistas, los propietarios del capital financiero y ello provoca que el personal de la empresa esté expuesto a una apuesta azarosa ligada a la coyuntura de la organización en el mercado, como puede ser la bolsa, y, sobre todo, exenta de posibilidad de control y manipulación. Esto resulta menos claro respecto a las empresas no cotizadas donde la asimetría de información alcanza un rango superior en ausencia de contraste externo.<sup>485</sup>

484. LE JOLY, K.-MOINGEON, B., *Gouvernement d'entreprise, débats théoriques et pratiques*, París, 2001, “la relación entre remuneración y performance aparecen positivas pero muy tenues” p 110; LEV, B., Op. cit, p 103, ratifica que la asimetría de información causa dañosas consecuencias privadas y sociales en la especificidad de los intangibles por la prevalencia del secreto en su gestión, a lo cual debe añadirse, el valor del personal de la empresa en sentido colectivo y singular.

485. MAILLARD, P., *Intéressement, Participation, Actionariat*, París, 2002, ilustra de la existencia en Francia de sociedades de gestión encargadas de asesorar sobre el ahorro salarial a los interesados, mediante “appels d’offres” de la empresa dando cuenta de las ventajas e inconvenientes de cada sistema que será decidido por los representantes de los trabajadores y directivos, p 47.

#### 2.9.1.4. *La entrega de acciones a los trabajadores en el IRPF*

No tiene la consideración de renta en especie la entrega a los trabajadores en activo de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12000 euros anuales (LIRPF art. 43).

La disposición normativa es compleja, puesto que, en mi opinión, consta de dos conceptos claramente diferentes. Por una parte, la fungibilidad o intercambio de capital de trabajo por capital financiero no está sujeta porque no se produce renta o plusvalía, sino un cambio recíproco de valor de soportes para generarlos. Por otra, el objeto de la exención es, en sentido amplio, la asistencia financiera que fomenta el acceso del trabajador a la propiedad de la empresa.<sup>486</sup>

El aumento del capital con cargo a reservas no implica la entrada de recursos nuevos en la sociedad. Es una operación que implica la transformación de las reservas sociales en capital, “un simple traspaso o transferencia de la cuenta de reservas a la de capital”, sin incrementar en nada el patrimonio social.<sup>487</sup>

La operación, sin embargo, no es gratuita; ya que, siendo sabido que no se producen efectos económicos sobre el patrimonio social, si que los hay jurídicos sobre los accionistas. Primero, porque la gratuidad está sostenida por la reserva de beneficios acumulados en la sociedad, de los que se dispone para su atribución al trabajador. Segundo, y más relevante, porque el capital sustrae a los accionistas hasta el momento una participación en el reparto de elementos patrimoniales en las reservas que pasan a ser capitalizados. A eso es lo que se refiere Sanchez Andrés cuando afirma que es una fórmula que permite practicar política social a costa del bolsillo de los accionistas, previa renuncia de sus derechos de suscripción.<sup>488</sup>

La apropiación de una proporción, aunque sea mínima, de derechos patrimoniales exclusivos de los antiguos accionistas a favor de la entrega gratuita de acciones al trabajador supone una asistencia financiera a cargo de la sociedad, por lo menos, guardando igualdad con la renuncia que conlleva recursos acumulados repartibles que se convierten en indisponibles por vía del aumento de capital.

486. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., cit, p 843: “Debería estar, pues, prohibida, sino fuera porque la Ley ampara este tipo de asistencias financieras en atención a la finalidad que las cualifica y la ratio iuris que funda la excepción” –art.81.2 LSA-.

487. URÍA, R.,-MENENDEZ, A.-GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *La S.A.: La modificación de los Estatutos sociales*, en URÍA, R.-MENENDEZ, A., Curso cit, p 954.

488. CHULIÁ, F.V., *Introducción*, cit, p 446, la exclusión del derecho de suscripción preferente cuando el interés de la sociedad así lo exija, por ejemplo, para ofrecer las acciones a los trabajadores.

La financiación de la operación gratuita es renta exenta, de otro modo, no podría eludir su calificación de salario, siempre que esté en el límite cuantitativo que fija la LIRPF. Es una subvención de la compañía (de los antiguos accionistas) a favor de la suscripción de acciones del capital de trabajo.

La L. de distribución gratuita de acciones a favor de los trabajadores de 24 de octubre de 1980 que ya no está vigente en Francia atribuía la financiación del aumento de capital a un crédito público reembolsable en diez años.

La gratuidad, en otras palabras, era una financiación pública, que no sobre los accionistas. La consecuencia es que las sumas correspondientes a los trabajadores por las acciones gratuitas no soportaban impuesto sobre los salarios ni cotizaciones sociales.

La otra forma de asistencia financiera es la entrega de las acciones por precio inferior al normal de mercado, la diferencia entre ambos es el sacrificio patrimonial de la sociedad. El descuento, a mi juicio, es una retribución salarial.

Una interpretación de la norma de exención que fuera conforme a la ratio que la inspira debiera considerar como no sujeta la operación de intercambio entre el capital de trabajo y el capital de riesgo, definiendo los límites cuantitativos del beneficio fiscal sobre la parte de salario que se devenga, que no sobre la entrega de acciones, en forma de asistencia financiera de la compañía, sea por subvención o practicando precios inferiores a los que establece el mercado.

Así como está redactada se entiende que la entrega de acciones gratuitas o a precios inferiores es enteramente salario, del que se desgrava una cuantía determinada.

Es decir, se omite un hecho significativo: si no fuera por aportación (cambio) del capital de trabajo no tiene ningún sentido bloquear la negociabilidad futura de las acciones o participaciones.

Las condiciones reglamentarias vigentes exigen que la oferta de la entrega de acciones se realice en el marco de la política retributiva general de la empresa o del grupo y fomentar la participación de los trabajadores.

Cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no puede tener una participación directa o indirecta, en la sociedad que trabaja o en cualquiera otra del grupo, superior al 5%.

Los títulos deben mantenerse, al menos, durante tres años (RIRPF art. 42).

El principio de indisponibilidad de las acciones señala, a mayor abundamiento, que es un capital de riesgo conexo al capital de trabajo.

El ingreso en su patrimonio de las acciones de la empresa no es suficiente, como para cualquier otro accionista, a su realización inmediata. El bloqueo de la disposición alude a la interesabilidad financiera del trabajador (*intéressement financier*) por el cual podrá constatar la progresión de la empresa y la valoración creciente de sus acciones. Es

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

interesar al personal para que conserve las acciones a largo plazo como indicador de su conversión en socio de capital.<sup>489</sup>

La entrega de acciones supone que la exención se aplica sobre los primeros 12000 euros. Y, además, goza, por el resto, de la reducción del 40% como rendimiento irregular siempre que sea al cabo de una permanencia, como mínimo, superior a dos años en la empresa (DGT 2-7-99).

El incumplimiento del plazo de los tres años de indisponibilidad motiva una declaración liquidación complementarias con intereses de demora.

### 2.10. EL DERECHO DE IMAGEN DEL CAPITAL HUMANO

El derecho de imagen del trabajador es su crédito o reputación en el mercado, un bien inmaterial que el construye como obra original desprendida de su propia persona e idónea, por lo tanto, para el tráfico jurídico patrimonial.

Es un derecho de la personalidad que la jurisprudencia define como la facultad de la persona a difundir y publicar su propia imagen y, por ello, su monopolio exclusivo para su proyección así como para impedirla cuando se hace sin su consentimiento inequívoco por terceros (SSTT 11-abril-1987, 29-marzo-1988, 5-octubre-1989). La imagen es un patrimonio moral irrenunciable, inalienable e imprescriptible y un patrimonio económico en si mismo en su caso, capaz de comercializarse y generar frutos para su titular.

El contenido del bien jurídico de la imagen le torna apto para ser negociable y es generalmente admitido que la cesión de la explotación puede transitar a través de diversas figuras jurídicas, siempre que medie el consentimiento de la persona. No obstante, a tenor de su proximidad al derecho de autor es menester reconocer que la transmisión del derecho de imagen nunca implica la pérdida definitiva de su dominio: no hay una plena sustitución del transmitente.<sup>490</sup>

El cesionario no se subroga en la titularidad del derecho que se transmite. Simplemente, se le consiente—habilita— para su explotación dentro de las respectivas modalidades del contrato laboral de que se trate.

El trabajo, como energía desplazada desde la persona al empresario, es una actividad de la persona física a cambio de un salario. La imagen es una obra original del trabajador que no puede concebirse apartada del trabajo, pero, que, no obstante, tampoco

---

489. MAILLÁRD, P., Op. cit, p 93.

490. BARRACHINA, E., *La cesión de imagen de los artistas*, El Fisco 78: “pero no implica el desprendimiento absoluto y definitivo del derecho sino únicamente la parcial entrega y para determinados fines, de alguna de las facultades que lo integran”.

puede identificarse. La remuneración por la cesión del derecho de imagen difícilmente puede situarse como salario, aunque acompañe la actividad del trabajador.

Hay una suerte de relaciones laborales especiales, distintas, por cierto, del trabajo común u ordinario, en el que la actividad y su proyección pública se acompañan en la misma persona física.

Efectivamente, como bien afirma Barrachina, no hay un solo caso en la plantilla de la sociedad mercantil en el que se haya contratado el trabajo sin la imagen de quien lo presta. Pero, asimismo, debe reconocerse que se trata de categorías especiales de trabajadores en el que se opera una efectiva disociación entre la naturaleza típica de la prestación laboral y algunos valores “intangibles” que son atípicos.<sup>491</sup>

La retribución salarial del deportista, artista, famoso, no sirve sino con notable ambigüedad para definir la remuneración por la cesión del derecho de imagen, que no es resultado de la prestación laboral, sino de la obra construida por el trabajador sobre su persona física. Y, teniendo en cuenta, sobre todo, que la actividad laboral de estas personas, siendo necesaria e imprescindible, no es comparable en términos de interés de empresa a la explotación de su imagen.

La actividad laboral es un mero pasaje o tránsito para la explotación patrimonial de la imagen del contratado.

La propia doctrina de Derecho del Trabajo encuentra serios obstáculos para argumentar la laboralidad de ciertos colectivos, por ejemplo los artistas mayores y lo mismo es aplicable a los deportistas de élite, o a modelos o figuras mediáticas, precisamente, porque su imagen construida les convierte en piezas esenciales para la determinación del éxito o fracaso del espectáculo y de la posterior explotación de la fijación, reproducción o comunicación pública de los derechos del empresario.

La propiedad del derecho de imagen da origen o puede, a contraprestaciones en el marco de la relación laboral especial.

O es salario o es rendimiento del capital (humano), dividendo laboral.

La diferencia puede trazarse, como en el caso de las stock options, en relación a la prestación de energía personal o a la prestación indefinida de energía personal previa acumulada.

El salario, en sentido típico, es la remuneración por el trabajo que se realiza inmediata y activamente. No cabe duda que la extensiva integración de otros conceptos que no aparecen bajo ese cariz, contribuye a difuminar el propio criterio de salario.

---

491. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 258, destacando el carácter personal de la actividad de los artistas en los que no es tan importante la prestación como la explotación posterior que se haga de la obra, en este caso, señalo, la imagen.

## EL CAPITAL HUMANO

En particular, por cuanto la construcción de la obra original de imagen configura un fruto de explotación propietaria de la persona física en relación de dependencia.

Y está recogido por la doctrina laboral que hay supuestos de laboralidad ambigua tanto en su naturaleza jurídica, como es el caso de los artistas, cuanto en la remuneración de su obra intelectual, artística o deportiva.

La respuesta fácil consiste en atribuir al contrato de trabajo, donde se configura el consentimiento para la cesión de la explotación de la imagen, una retribución salarial típica.

Pero, como he dicho, la imagen no es energía personal finita, sino indefinida; no es activa, sino una fuente pasiva de rendimiento y, lo que es relevante, puede configurarse como un bien inmaterial separable de su titular y, por tanto, con su autonomía jurídica patrimonial propia.

Valdés Alonso alude a los creadores intelectuales como una nueva categoría de trabajadores. Es un trabajador que percibe una retribución “teleológicamente” ligada a su actividad, pero que difícilmente encaja en las categorías salariales o extrasalariales del Derecho del Trabajo.<sup>492</sup>

No puede reducirse el creador intelectual a su dimensión literaria, artística o científica; sino que es comprensivo, también, de cualquier persona que crea cultura efímera, mediática o, inclusive, los deportistas de élite.

La relación laboral que les une con la empresa no es la inherente al trabajo ordinario y su compensación desborda el salario por su prestación laboral, pudiendo generar un rédito de imagen que es próximo, vecino, afín, al capital, precisamente, intelectual de la persona física.

Es cierto que cuando el creador intelectual consiente en trabajar por cuenta ajena transmite a la empresa su derecho de imagen que, usualmente, es lo que ésta pretende para su explotación (véase en ese sentido el art. 110 TRLPI). Pero, no lo es menos que, reservándose para su cesión a una entidad distinta de la que le emplea, excluye su capital (intelectual) del salario.

No puede decirse que la existencia de un contrato laboral explica que el objeto de la cesión de imagen es la de ceder total o parcialmente el derecho a cobrar su salario, “es decir cede su derecho de crédito laboral”.<sup>493</sup>

La retribución derivada de la explotación comercial de la imagen no remunera la prestación de servicios de la persona física, sino otra cosa. Hay un capital (intelectual)

492. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 136. Añade este autor, respecto a los artistas, que la remuneración equitativa y única independientemente del salario por la comunicación pública de sus obras –TRLPI art. 110- constituyen uno de los elementos que podrían poner en duda el carácter laboral de éstas prestaciones, p 281.

493. BARRACHINA, E., cit,

del titular que puede generar beneficios a partir de su fijación, reproducción, comunicación pública en los más variados campos del espectáculo y cuya finalidad consiste en aprovecharse del crédito conseguido por el creador intelectual.

La cesión de uso de capital de imagen, nunca implica la subrogación en la titularidad originaria del derecho de explotación cedido, en razón de su anclaje en la propiedad personal sobre uno mismo. Su utilización por un tercero, sea el empleador y otro, califica la retribución de capital, que no de trabajo. Es un dividendo laboral, que no salario.

Por ello no resulta incongruente que los rendimientos procedentes de los derechos de imagen reciban la calificación de rendimientos del capital mobiliario (LIRPF art. 23.4. e) sea cuando se produce la cesión del derecho a la explotación o se consiente o autoriza su utilización.

Y hay que notar que el derecho de imagen no es el corpus mechanicum del corpus mysticum, la obra y su autor, sino que la obra es el autor en el mercado: la imagen es un capital de la persona cuyos réditos son frutos (civiles) por el goce que se concede a otro (C.C. art. 355). Probablemente, en la frontera que separa el derecho de autor de los derechos vecinos, afines, próximos, pero cuya común creatividad intelectual no puede negarse.<sup>494</sup>

Así, la renta de la propiedad intelectual es del capital cuando el contribuyente no es el autor, mientras que la del derecho a la explotación o utilización de la imagen lo es en cualquier supuesto, ya que no hay otro autor que no sea la persona física y ello con prescindencia, si la remuneración acompaña su contrato laboral o es autónomo del mismo, salvo que su titular sea profesional o empresario, en cuyo caso, la renta queda absorbida por la que corresponde a la actividad económica.

Por tanto, no es persuasivo sostener que la calificación adecuada es de los rendimientos del trabajo personal (LIRPF art. 16.1), en base a que “parece más lógico vincular los rendimientos ...con la actividad del contribuyente y no simplemente con la mera cesión de ese derecho”.<sup>495</sup>

La explotación o utilización del derecho de imagen está divorciada de la prestación de servicios.

494. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, cit, *Comentarios al Código Civil*, p 725: Haciendo referencia a la naturaleza de los derechos vecinos o conexos de propiedad intelectual establece su analogía con los de los autores. Pero, como en el texto, apunta a que la obra producida por el artista, intérprete o ejecutante está modalizada por la íntima relación del objeto con la misma persona del sujeto: “con frecuencia la aportación de los artistas compromete más la propia persona –se aporta incluso la propia imagen- que la aportación del autor”.

495. MENENDEZ MORENO, A., *Los derechos de imagen en la nueva Ley del IRPF en PYEBRA-C. GARCÍA NOVOA-A. LOPEZ DIAZ, Estudios* cit, p 631, pese a que el autor atina en la ratio de la norma, afirmando que puede que la idea se refiera antes a lo que el contribuyente “tiene” más que a lo que el titular “hace”. Efectivamente, ese es el sentido, pero que no merece su adhesión.

## EL CAPITAL HUMANO

Y la cesión no alude al derecho que le asiste a cobrar su salario, sino a otro concepto, que es la autorización o habilitación a otro para que goce de su capital personal a cambio de una contraprestación.

A mayor abundamiento, la retención practicable sobre los rendimientos del derecho de imagen no son los que se aplican a los de trabajo personal, sino que están asimilados, entre otros, a los que proceden de la propiedad intelectual, industrial, prestación de asistencia técnica (RIRPF art. 94).

No es un efecto residual ni subsidiario que la explotación del derecho de imagen se coloque como otra renta del capital (intelectual).

Y su sentido, como ya se dijo, es la verdadera calificación del derecho de imagen como máscara de la persona física y obra original susceptible de rendimientos del capital (humano) creado. El rendimiento del capital humano es un dividendo laboral.

La compensación por la cesión del derecho de imagen es un rendimiento de capital mobiliario —del capital humano— cuya denominación técnica no es salario, sino canon o regalía —el dividendo laboral— como resultado del IRNR (art. 12) en el que, además de definirse por vez primera el concepto general de canon o regalía en el derecho positivo, se sitúa correctamente al derecho de imagen como fuente de cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o concesión de uso. Por añadidura, se le califica como derecho similar a los de propiedad intelectual, industrial, secretos posesorios de empresa, know how y derechos sobre programas informáticos, todos ellos derechos susceptibles de cesión.

Por lo tanto, si era difícil eludir la expresión gramatical de la disposición contenida en el IRPF ni tanto menos atribuirle función residual; ahora, a través del IRNR la calificación jurídica del derecho de imagen y su contraprestación solo admite un único sentido literal y tiene cabida en la aceptación de renta del capital, que no del trabajo.

El rendimiento derivado de la explotación de la imagen aún cuando integra el propio contrato de trabajo no indica un salario puesto que no supone una prestación de servicios sino el fruto de un capital propio de su titular.<sup>496</sup>

No es arbitrario distinguir entre los que sostienen una relación laboral respecto a los que son autónomos.

Solo los trabajadores pueden ceder su derecho de imagen, la obra intelectual personal ya que quien ejerce la profesión o empresa fuera de una relación laboral nunca

496. SEMPERE NAVARRO, A.V., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid Cívitas, 1995, voz “deportistas profesionales”; J.M. TOVILLAS MORÁN, *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, Madrid, 2001, p 60: “Cuando sea el propio deportista quien mantenga la titularidad del derecho a la explotación el mismo puede efectuar un negocio de cesión de tal derecho a través de un negocio diferenciado de la relación laboral”.

podrá escindir su imagen de la actividad económica que lleva a cabo. Por eso no resulta irrazonable en este aspecto discriminar entre el trabajador y el que no lo es, ya que las situaciones de hecho están claramente diferenciadas; y ello, inclusive, en términos de igualdad tributaria.

La calificación del rendimiento será de actividad económica cuando se produce en el marco de una empresa o profesión. Es lógico que así sea porque solo en tal supuesto el derecho de imagen no puede diferenciarse de su autor, sino que la proyección adopta la continuidad de su esfuerzo autónomo personal y directo. Es una situación análoga a la que se examinó con referencia al fondo de comercio de la persona física.

El rendimiento por la explotación del derecho de imagen origina o rendimientos del capital o de (dentro de ) la empresa o profesión. Pero, en cambio, cabe rechazar radicalmente que pueda dar lugar a rendimientos del trabajo personal, aún cuando se verifique en el interior de una relación laboral.<sup>497</sup>

La conclusión a la que llego no cambia ante la distinción entre derecho individual o colectivo a la explotación de la imagen. La pretensión de eliminar el derecho personal de imagen mediante su forzada colectivización, por ejemplo, porque hay un equipo al que pertenece, usa sus símbolos y emblemas en público, supone confundir la aportación singular de la persona al fondo de comercio de la entidad, al cual contribuye con su imagen; con la apropiación de la imagen individual por la entidad para aprovechar su explotación comercial. O sea, la imagen nunca deja de ser un derecho personal e individual.

### 2.10.1. La cesión de los derechos de imagen

Las rentas obtenidas por la cesión de derechos de imagen están sometidas a un régimen especial ante la concurrencia de tres requisitos, conforme al artículo 76 LIRPE, y en cuya virtud, si se producen, debe imputar en la base imponible la cantidad que resulte.

Primero, que el contribuyente haya cedido el derecho a la explotación de su imagen o hubiese consentido o autorizado su utilización a otra persona o entidad residente o no.

Segundo, que preste sus servicios a una persona o entidad en el ámbito de una relación laboral.

Tercero, que el empleador o cualquier persona o entidad vinculada al mismo haya obtenido mediante actos concertados con persona o entidad residente o no la cesión del

<sup>497</sup>. Contra Tovillas Morán que admite el rendimiento de trabajo si la cesión ocurre en el contrato de trabajo y la remuneración la perciba el trabajador de su empleador, Op. cit, p 155 y bibliografía ahí citada

## EL CAPITAL HUMANO

derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para usar la imagen de la persona física.

La imputación de las rentas no se practica cuando los rendimientos de trabajo que obtiene el trabajador en el periodo impositivo no sean inferiores al 85% de la suma de los citados rendimientos que satisfaga el empleador, tanto por los mencionados rendimientos de trabajo como por los derechos de imagen. El importe de los derechos de imagen retribuidos ha de superar el 15% de la retribución total satisfecha por el empleador, de manera que si esto no ocurre, decae la imputación legal prevista.

La concurrencia de los requisitos en el contribuyente le significa que la cantidad pagada por el empresario a la cesionaria por su cesión de los derechos de imagen al empleador se imputan en la renta personal del trabajador, aunque no tenga relación directa con la entidad que cobra del empresario los derechos de imagen cedidos.

La cantidad a imputar por el contribuyente es igual a la contraprestación pagada por su empleador a la entidad titular de los derechos de imagen.

La imputación se corrige con el ingreso a cuenta efectuado que se suma a la contraprestación y la resta del importe recibido por el trabajador como contraprestación por la cesión primera de sus derechos de imagen a la entidad inicial cesionaria de los mismos.

(Si el trabajador cede su derecho de imagen por 100 a una entidad primera y ésta lo transmite al empleador por 1000 deberá imputarse en su base imponible: 1000 más ingreso a cuenta –si no es residente- menos 100).

Hay otros elementos complementarios de la regulación sobre la imputación y las deducciones consentidas en la cuota al trabajador con el objeto de limitar la doble imposición que resultaría y especificaciones relativas a la transparencia de la sociedad o entidad cesionaria.<sup>498</sup>

Cabe concluir, entonces, que el presupuesto de la imputación de la retribución por cesión del derecho de imagen procede en el seno de la relación laboral.

Esto lleva, en una primera aproximación, a calificar cualquier cantidad percibida en ese ámbito como remuneración de trabajo personal (TEAC de 17/11/1999 inclusive considera aplicable las retenciones a las prestaciones de los artistas a efectos del IRPF). Pero, asimismo, en su contra, bien puede partirse de que la autorización o consentimiento del trabajador, sea expreso o tácito, admite diferenciar del contrato de trabajo los resultados de la explotación de la imagen.

Hay un conjunto de actividades laborales especiales en las que el principal valor añadido del trabajador, por duro que sea aceptarlo, no consiste en su profesionalidad, condición necesaria aunque no suficiente; sino en su fama, notoriedad, popularidad, cele-

498. Reenviamos a M. PONT MESTRES-J.F. PONT CLEMENTE, *Análisis y aplicación del IRPF*, Barcelona, 1999, p 360; TOVILLAS MORAN, cit, p 156 y bibliografía ahí citada.

bridad. Parafraseando a Valdés Alonso, puede afirmarse que la pura y simple actividad del artista (o deportista, o presentador de televisión o modelo) es “fructuosamente estéril” para el empresario que, casualmente, lo que realmente persigue es la explotación de la reproducción o comunicación pública.

La apropiación de la máscara de la persona para su comercialización. Ello requiere el consentimiento o autorización del creador para uso y disfrute del empleador. No es, una cesión de dominio, porque no es posible, ni una transferencia normal de derechos, puesto que aparece restringida por su extrema personalización, tratándose de una autorización a un tercero —el empresario— para determinada modalidad o forma de aprovechamiento económico, en su fijación, reproducción, comunicación pública.

Hay una relación laboral dentro de la cual la imagen es autónoma, propia del trabajador, que debe consentir o autorizar su uso al empleador. Los derechos de explotación podrán habilitarse en forma expresa o tácita, a éste o a un tercero. Pero, para el caso es igual. La cesión a un tercero de la imagen solo será una vía, un conducto, para que su utilización económica arribe al empleador, porque si así no fuera, éste perdería su interés en la contratación del trabajador.

Si el trabajador cede sus derechos de explotación al empresario obtiene una contraprestación, denominada canon, por permitir el uso de su obra sobre si mismo. El dividendo laboral del capital intelectual de la persona física.

Si, en cambio, cede sus derechos a terceros, prescindiendo de su empleador, lo que está haciendo no es sino separar la gestión de la imagen de su propia persona para que la realice otro. La finalidad, no obstante, es la concesión del uso o concesión del uso a su empleador, porque, de lo contrario, carece de sentido su propia actividad laboral.

Cuando el tercero, finalmente, cede los derechos de imagen al empleador, lo que está haciendo es cobrar por indicación del titular. Y ello puede obedecer no solo a finalidad fiscal, sino a negociar y concluir contratos de imagen en mejores condiciones que las que pudieran corresponder.

El tercero, en suma, es un indicado al pago mediante el cual el empleador paga a una persona distinta del titular del derecho de imagen, pero designada por éste o autorizada para recibir el pago, en medio o cauce del personaje famoso para recibir la prestación del deudor.

El empresario adquiere la posesión de la energía laboral, concurrentemente con el trabajador, en virtud del contrato de trabajo y a cambio de salario. La posesión de los derechos de explotación no se identifica con la relación laboral, sino con la cesión, expresa o tácita, del propietario del bien inmaterial. Si la transmisión no es formal y expresa se entiende tácita.

La norma del art. 76 LIRPF aborda, desde sus efectos, la cesión tácita de los derechos de explotación al empleador cuando no hay una estipulación expresa. Es una

## EL CAPITAL HUMANO

cesión tácita que opera a través de una regla de valoración: la imputación de la renta a la persona física significa que la ley suple el desconocimiento de la transmisión tácita, al margen del contrato de trabajo, aplicándose como si se hubiera producido.

No hay una presunción absoluta ni siquiera una ficción jurídica, sino una regla legal de valor de la renta así concretada que completa la norma en ocasión que no haya constancia de la cesión tácita, determinando “el valor de un elemento relacionado con el hecho imponible del tributo”.<sup>499</sup>

¿Cuál es la razón por la que se imputan determinados rendimientos al titular del derecho de imagen en relación laboral?. La respuesta es que la norma interpreta que ello ocurre porque la persona física ha previamente transmitido sus derecho de explotación al empleador, si no expresamente en forma tácita.<sup>500</sup>

No parece, entonces, que sea jurídicamente relevante la representación posesoria de la entidad mercantil cesionaria del derecho de explotación de la imagen que suscribe la cesión aparente con la entidad a la que el contribuyente está ligado laboralmente, puesto que su función es siempre posterior a la cesión originaria que se valora sucedida en el ámbito de la relación laboral. El pago de la cantidad que resulte es indicado por el titular del derecho de imagen a un tercero cuya función es meramente instrumental.

La percepción del derecho de imagen corresponde siempre a la persona física, aunque participe en su cobro una entidad distinta.

El titular de la imagen puede autorizar o habilitar el uso o concesión del derecho de explotación a otra entidad. La utilización económica de la imagen es un supuesto posesorio en manos de una sociedad o entidad distinta, cuyo objeto es sacar provecho de la apariencia constituida en su titular. La organización de la explotación económica mercantil origina rendimientos de actividad económica.

El legislador, en cambio, rechaza que el representante puede conservar el poder de hecho sobre la imagen que ostenta por cuenta ajena o en nombre ajeno cuando aspira a ceder la explotación del derecho de imagen al empresario donde el titular presta sus servicios laborales. Y ello porque siendo el poseedor inmediato, el que detenta la apariencia constituida, no puede superponerse sobre el titular de la imagen a la sazón trabajador del presunto cesionario.

499. ESEVERRI MARTINEZ, E., *Presunciones legales y derecho tributario*, Madrid, 1995; D. MARIN-BARNUEVO FABO, *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, Madrid, 1996, el legislador suple el desconocimiento de alguno de los elementos de la relación jurídica, en particular, la cesión tácita, p 153.

500. VALDÉS ALONSO, A., Op. cit, p 220, respecto a la cesión tácita del autor asalariado ex art. 51 TRLPI.

Cualquiera que sea el modo en que se produzca la cesión al empleador de la imagen de un trabajador suyo, prevalecerá éste como el titular legítimo de la imagen, que además, es la suya.

En consecuencia, la contraprestación podrá recibirla el poseedor inmediato, pero, siempre será por indicación de pago del propietario de la imagen.

“Cuando existe un derecho sobre un mueble incorporal el principio de subsidiariedad asegura su primacía en detrimento del poder de hecho de la posesión.”<sup>501</sup>

La representación posesoria de la entidad cesionaria del derecho de imagen queda subordinada a la titularidad propietaria del titular del derecho en cuanto aquella pretende su cesión a la empresa en la que éste trabaja. El mecanismo es que, salvo estipulación en contrario, la cesión al empleador se confirma como tácita.

A la inversa, el poder posesorio de la entidad tercera prevalecería si el trabajador formalmente prohíbe la cesión de su imagen al empresario —lo cual sería atípico— o éste rechaza el derecho a la explotación de imagen del asalariado —lo cual, también, sería inusual.

La norma del art. 76 IRPF establece sus efectos jurídicos a partir de la cesión tácita de los derechos del trabajador a la empresa y, en consecuencia, valora que los importes liquidados a terceros no le son atribuibles, sino como mero receptor por cuenta del trabajador.

La clave de la solución jurídica radica en la definición del derecho personal de imagen como derecho propio, vecino, afín, al derecho de autor, a la asimilación entre propiedad de imagen y propiedad intelectual.

La autorización o consentimiento del titular de la imagen para su explotación, si no expresa, tácita en el ámbito de la relación laboral, es el eslabón jurídico de interpretación que surge de la regla de valoración con la finalidad lógica de imputar la renta a su propietario, aún cuando la perciba, a su indicación, de un tercero poseedor de la representación de la imagen constituida.

En otro sentido, la entidad que tiene, o lleva la explotación de la imagen prevalecería sobre el propietario, lo cual supone una intromisión en la esfera patrimonial suya, en materia de derecho personal, equivalente a la que resultaría de la utilización sin consentimiento por parte del empresario de su derecho de imagen.

La consecuencia es que el empresario cuando paga al tenedor del derecho de imagen de su trabajador le está pagando a el mismo, si bien a través de la persona indicada para la percepción.

No advierto la presencia de una ficción jurídica en el art. 76 IRPF, porque el destino de la renta de imagen del trabajador no puede ser sino la misma persona física que es dueño de su creación aparental. Lo que pasa es que el pago de los derechos se satisface, por su voluntad, a un tercero que lo representa.

501. PELLISSIER, A., cit, p 153.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

La empresa cumple con la indicación al pago (art. 1162 CC) puesto que impera el criterio legal que el derecho de imagen ya le fue cedida antes por el titular. La cesión tácita en defecto de acuerdo expreso está prevista en la transmisión de derechos de propiedad intelectual del artista asalariado (TRLPI art. 110). Dicho en otra forma, una cesión del derecho de explotación por el tenedor de la imagen al empleador sería inoperante porque supone que ya se verificó la cesión tácita con carácter previo y su único efecto es la de percibir la cantidad pactada en su concepto.

El error del legislador tributario es la de haber construido como cesión expresa del derecho de explotación por un tercero al empresario, lo que, en definitiva, es un modo de cumplimiento de la obligación tácita previa entre el trabajador y el empleador. El fundamento material es que el poseedor inmediato de la imagen no puede entrometerse o superponerse al derecho propietario del titular.

Si esta no fuera la interpretación, tendrá razón la doctrina que sostiene que la imputación del rendimiento a su titular real podría incurrir en la vulneración del principio de capacidad económica porque podría entenderse que la comercialización de su derecho de imagen es independiente de que sea el receptor último de los beneficios obtenidos por dicho derecho, y, por tanto, podría gravarse una renta inexistente o ficticia en la persona física del cedente.<sup>502</sup>

En suma, la cesión del derecho de imagen solo compromete al trabajador, cuando su representante posesorio pretende cobrar la cantidad pactada previa y tácitamente mediante la cobertura de una cesión del derecho al empleador que, es jurídicamente inconsistente, en presencia de la relación jurídica establecida con el trabajador. Y no es debido a que la imagen esté integrado en el contrato de trabajo, sino porque la imagen sigue una disciplina próxima a la propiedad intelectual del asalariado y frente a ello siempre que la transmisión no sea expresa y pacticia, se presume la cesión tácita de los derechos de explotación.

La imputación de renta no sino el cobro de renta de capital mobiliario a través de un indicado a recibir el pago.

### 2.10.2. Si es un activo, debe amortizarse

El derecho de explotación de la propia imagen es un bien inmaterial de contenido patrimonial. Un bien separable de la persona física y susceptible de tráfico jurídico, sea

---

502. TOVILLAS MORAN, Op. cit. : "a través de este art. 76 se está gravando una capacidad económica que no es ni siquiera potencial, sino que se grava una capacidad económica inexistente, una no capacidad económica".

en la empresa o profesión o independientemente en el obrar del autor asalariado de la máscara. Su valor capital es el valor de mercado y forma parte, como cualquier otro, del valor del inmovilizado inmaterial cuando de empresa o profesión se trata. Lo que hay que desmentir es la idea que carece de contenido patrimonial dado su carácter innato. No es así. La imagen se construye como obra intelectual y su comercialización es el resultado de la aptitud, talento, habilidad, oportunidad, de la persona física para su aprovechamiento económico. No es una ganancia que cae del cielo, sino el fruto de un capital que se predispone a un resultado económico. El derecho de imagen siempre tiene contenido económico, aunque permanezca en el patrimonio del autor. Otra cosa bien distinta es que ese valor latente pueda acreditarse en su comercialización efectiva. El adquirente incluirá el derecho (la autorización) en su patrimonio por su valor de adquisición; pero, si no hubiera transmisión, la ausencia de valor de enajenación, no implica que el valor del derecho de imagen en el patrimonio de su autor sea nulo o inexistente. Es un valor latente que se aprecia o deprecia en razón de las vicisitudes de su portador, en particular de la potencialidad comercial que arroje para su empleador. El valor preexistente a su comercialización determina la idea de la imagen como obra construida por el capital (intelectual) de la persona física. La ausencia de frutos no es equivalente a la inexistencia de capital, siempre que pueda proporcionarlos. Y es por eso, justamente, la exención en el IPPF de la obra del artista o autor que permanece en su acervo patrimonial, al decidir el beneficio fiscal explícito de un bien jurídico que, de otra forma estaría sujeto al impuesto. Lo mismo para el derecho personal de imagen (IPPF art. 4 b) y 6).

Bajo el concepto de derecho de explotación o comercialización alumbra la asunción del riesgo empresarial. Una vez creada la obra de autor, la imagen propia, es menester lanzarla al mercado, como bien inmaterial, para recuperar la inversión efectuada.

El empleador no contrata servicios, sino que adquiere un bien separable e identificable para su promoción, publicidad, merchadising.

Los costes de desarrollo de la imagen difícilmente pueden incurrir en gasto salarial. Se trata de un gasto de capital, un activo de la empresa, apto para su amortización conforme a su vida útil.

La notoriedad, celebridad, fama es un intangible efímero, de breve duración y su explotación aparece circundada de aleatoriedad.

La lesión del deportista, el abandono del público, el traspíe personal que deteriora la máscara. La historia del espectáculo está plena de sucesos que enalzan o rebajan con idéntica irregularidad la excelsitud o la decadencia. Y hay, además, del autor un damnificado que es la empresa.

El proyecto de comercialización de la imagen está incardinado en su obvia identificabilidad y separabilidad y brevedad de su vida útil.

---

## EL CAPITAL HUMANO

---

Su rentabilidad aparece estrechamente vinculada a la inversión aplicada.

No es desatinado establecer la proximidad entre ese itinerario económico y el que espera a cierto tipo de fondo de comercio. En ambos casos, coinciden las características expuestas. La diferencia consiste en que así como se acepta la amortización acelerada del fondo de comercio es menos visible la capitalización de la imagen.

No obstante, cabe una reflexión, partiendo del esquema basado en la diferencia entre salario y canon de naturaleza mobiliaria. El importe imputado a la persona física del trabajador es rendimiento del capital. El capital cedido a la empresa está legitimado para su amortización en función a su coste y previsible vida útil. Y, al límite, la depreciación efectiva durante el periodo impositivo, si la pérdida es irreversible.

La cesión de uso de imagen es la transmisión del fondo de comercio del artista, deportista, famoso a la empresa. Es un fondo de comercio aleatorio y accidental, pero, que se configura como la adquisición de un activo inmaterial por la empresa. (En Italia hay una disciplina pionera: “decreto salvacalcio” de 2003 que permite a las sociedades futbolísticas la amortización en diez años de los derechos plurianuales de los deportistas, capitalizando en tal forma su valor de referencia).

Hay tres clases de fondo de comercio derivados de la fama.

- El crédito de los deportistas profesionales estrechamente vinculado a su desempeño personal, que, como es obvio, se desvanece en el breve lapso de tiempo, destacando por su fugacidad. Es un capital humano claramente especulativo, expuesto a altísimo riesgo de inversión.
- El crédito de los artistas del espectáculo que, a diferencia de los deportistas, puede florecer con el transcurso de los años cuando se apoya en una carrera sostenida. Es un capital humano menos especulativo, más conservador, que el deportivo.
- El crédito de los famosos, de los transeúntes héroes por un día, que pueden desembarcar en la fugacidad o en la permanencia, pero, dominado por la incertidumbre. El suceso o éxito mediático puede favorecer al anónimo ciudadano o al dirigente de empresa, de algunas organizaciones o entidades con el golpe de la celebridad. Es un capital que puede proporcionar altísima rentabilidad con escasa inversión, por un momento.

La empresa gestora del fondo de comercio –la imagen– de la celebridad no puede sino tener las mismas oportunidades de uso, conservación y renovación del capital paragonable a cualquier otra. Por eso, la amortización del derecho de imagen, ajustado a la naturaleza del personaje renombrado, resulta obligada, puesto que, en caso contrario, el valor de su actividad es enteramente ficticio, al prohibírsele la deducción del gasto amortizable por la inversión en capital (humano) de imagen.

Probablemente, esta restricción vulnera el principio de igualdad tributaria, porque discrimina negativamente entre actividades económicas, sin racionalidad o congruencia, arbitrariamente. Pero, al mismo tiempo, podría estar afectando el principio de capacidad económica puesto que su resultado contable no reflejará su poder de disposición sobre bienes y servicios, a menos de consentir el ajuste en base a las amortizaciones del capital de imagen en su ámbito.

Y, si es necesaria la amortización del capital de imagen, no lo es menos la toma en consideración de la inversión específica en formación, mejora, perfeccionamiento, de la habilidad o capacidad de la persona famosa. Esa aplicación, inversora, asimismo, resulta en gasto deducible o amortizable para la empresa gestora.<sup>503</sup>

---

503. R.F. REILLY-R.P. SCHWEIHS, *Valuing...* cit, p 382.

## Epílogo

La innovación es una idea de alguno que repentinamente prende en los demás y algo cambia, aunque no sea radical ni total. El cambio por insignificante que sea es sinónimo del descubrimiento. El empresario es el sujeto económico de la novedad, legitimando su derecho (subjetivo) a la libertad de iniciativa, a su riesgo y ventura. Por eso, suya es la renta de innovación cuando triunfa o la pérdida en la derrota. Y por cada éxito queda sembrado el campo de fracasos. La búsqueda de la ventaja competitiva no garantiza el beneficio contable, sino la traducción de la idea en permanencia organizada en el mercado.

La empresa no es sino organización, una red neuronal de información y conocimiento aplicado al bien o servicio que es su objeto.

La creación de empresa es, en realidad, la inteligencia con la que se estructura lo que se pretende, aún antes de tomar contacto con el mercado.

La virtud del capital intelectual como reflexión sobre la empresa reside en ordenar las piezas, hasta ahora fragmentarias, que demuestran el peso de lo ingrátido en el conjunto.

Los motores de la organización no son los hechos físicos o materiales, ni siquiera los financieros.. Siendo importantes no convierten una idea muerta en una empresa viva. En cambio, ello puede conseguirse en la conjunción del capital humano, del capital relacional y, básicamente, del capital organizativo. El significado del capital intelectual destaca el valor y utilidad de la conjetura. La empresa como autopista de tráfico de información y conocimiento; un precipitado técnico que convierte el programa o proyecto del fundador en centro de intereses, para sí mismo, los trabajadores, los inversores, proveedores y clientes. El capital intelectual reinventa la empresa como haz plural de participantes con fin común. La defensa del propio interés económico debe contribuir al crédito o reputación de los interesados.

Las partes se asocian porque su crédito va en paralelo con el crédito de la empresa.

El énfasis en gestión de la organización no es casual. La transformación de la inteligencia en organización resulta laboriosa y comprometida. El mercado no regala ventajas a ninguno. Pero, sin ventajas competitivas tampoco hay mercado. Y la inmaterialidad sirve para dar el paso adelante.

La conquista del mercado solicita la intuición y la ocurrencia aplicadas a la actividad, como curso de acción.

Digamos la tensión continua entre lo sagrado y lo profano. El respeto espiritual por la innovación, sea en la idea, obra o invención, deviene útil cuando puede ser objeto de un valor económico, en el seno de la organización o en su exterior.

Y esta, probablemente, es la genial intuición de Shumpeter: la innovación, que es inmaterial, como fuente de valor (económico) del fundador y los que participan.

El capital intelectual, desde la perspectiva teórica, es la eclosión de los bienes inmateriales: la monetización de lo incorpóreo, de los intangibles.

La organización inteligente como forja de valor intangible, de inmaterialidad de patrimonio susceptible de circulación jurídica. Un patrimonio que puede enajenarse, prestarse, darse en garantía, o ser ejecutado por los acreedores. En suma, una forma de riqueza infigurable, pero, indiscutible; azarosa, pero calificable y cuantificable; incierta, pero apreciada o apreciable.

El derecho en general y el derecho mercantil, contable y tributario en particular rehúsan el pleno valor inmaterial, en todas sus manifestaciones y aspectos y lindan su territorio a ámbitos específicos de propiedad, ignorando que el señorío de hecho (la posesión) puede ejercerse también sobre los bienes impalpables: la situación posesoria de la organización; la coposesión del fruto del trabajo; de la imagen de la persona física; del know-how y los secretos y, al límite, la posesión del fondo de comercio.

La posesión se revela como un poderoso instrumento jurídico en la explicación del tráfico inmaterial, donde no hay régimen propietario especial o registro público.

La apropiación del bien intangible no evita que la doctrina insista en la búsqueda de una materialidad inexistente, pretendiendo fundar su rechazo en la pura contradicción: el bien intangible no es aceptable porque no es tangible ni material.

Y, sobre todo, exhibe su desamparo en la cuestión del valor (jurídico) patrimonial, puesto que difícilmente pueden ser objeto de circulación una suerte de bienes que no constan no figuran, que no tienen contundencia corporal y, por tanto, intocables.

Y es curioso que ello no suceda en el dominio de la economía de la empresa en el cual el intangible es, por definición, “el más precioso de los recursos económicos”.<sup>504</sup>

504. TABATONI, P., *L'incorporel come ressource économique. Propos introductifs*, en Archives de Philosophie du Droit T. 43, le droit et l'immatériel, París, 1999, p 149. “ un potencial, una capacidad específica

## EPÍLOGO

Pero, aún más, por la general admisión del capital humano del trabajo y la importancia del conocimiento tácito y expreso en la creación de ventajas organizativas.

El fondo de comercio, a modo de contenedor del capital organizativo y relacional y el capital humano es, precisamente, el compendio del valor inmaterial conseguido por el organizador.

El capital intelectual, quiero decir, es, en términos jurídicos, el fondo de comercio: el crédito o la reputación que el mercado reconoce a la labor histórica y actual del organizador.

El fondo de comercio es representativo de la organización y ésta plasma el derecho (subjeto) de empresa.

La organización para la competencia es el núcleo de la economía de mercado. El empresario lo consigue mediante el gobierno, la propiedad y posesión de la fuente de información (conocimiento) que le permite legitimar su apropiación de los frutos de su talento.

La norma mercantil y penal protegen la actividad organizada contra la competencia desleal y el uso indebido del esfuerzo ajeno. Y, precisamente, aquí radica la posición, la situación diferenciada del empresario respecto a otros individuos. La tutela no se dirige al beneficio de la actividad, lo cual violaría la competencia, sino a la expresión de la potencialidad organizativa del que la realiza en la conjunción de recursos materiales e inmateriales, personales y financieros.

La titularidad de la organización y el poder que implica en orden al gobierno, la propiedad, la posesión de recursos económicos miden una capacidad contributiva específica, distinta del resultado contable de la actividad, consistente en, por así decirlo, la renta potencial del capital intelectual o, asimismo, la pérdida reversible o irreversible por igual circunstancia.

La organización, en la lograda intuición de Franco Gallo, deviene, en si misma, un indicador de capacidad contributiva, autónomo de otros que configuran la renta, el patrimonio o el consumo de la persona física o jurídica.

El valor del capital intelectual es, entonces, indicador específico de capacidad contributiva de la organización/del organizador. Y su proyección cualitativa y cuantitativa es el fondo de comercio.

En otros términos, el valor del capital intelectual del negocio es un intangible complejo cuyo contenido es la información y que traduce el mérito o crédito de la organización o, al contrario, su demérito o desprestigio.

El fondo de comercio aparece como el contenido y contenedor de la renta del fundador, de la renta de la organización, englobando tanto el secreto propietario cuanto el secreto posesorio, el capital humano colectivo de trabajo, la clientela.

---

(conocimientos, saber hacer, procedimientos, capacidades de aprendizaje y transmisión, relaciones, comportamientos y normas ...”.

El crédito es lo que otorga la ventaja competitiva en el mercado. Y aunque aflora en la transacción preexiste a ella. No es un expediente vacío, una fórmula verbal: el fondo de comercio se construye en el interior de la organización y su vitalidad o mortalidad es independiente de los beneficios o pérdidas de la explotación económica.

Por eso, pese a las restricciones de la norma contable o mercantil, es menester perfilar la aceptación, con o sin transacción, del fondo de comercio en sentido pleno, de establecimiento, interno, financiero y así hasta su comercialización como bien jurídico inmaterial.

La perspectiva de la organización como índice de capacidad contributiva solo puede individualizarse en la calificación y cuantificación del fondo de comercio desde que se inicia y acompasado a cada periodo impositivo. Pero esto no supone solo reconocimiento de la plusvalía madurada aunque no realizada; sino, también, de la pérdida producida.

La fiscalidad del fondo de comercio no asume en su totalidad la relevancia jurídica que supone. Hay algunos rastros dispersos —gastos de primer establecimiento, fondo de comercio financiero— que evitan cualquier referencia al mientras tanto, al fondo de comercio intrínseco, que precede a cualquier operación mercantil y aquilata la ventaja o desventaja competitiva de la organización. La aleatoriedad del activo inmaterial aconseja la utilización flexible de sistemas de amortización anuales aproximados a la regla mark-to-market de aplicación a los derivados financieros. La maduración del valor antes que su realización. El seguimiento de la maduración de la minusvalía, en relación al valor razonable, impone igual simetría respecto a su plusvalía.

La separabilidad jurídica del fondo de comercio se transmuta en inseparabilidad al relacionarse con la actividad de trabajo autónomo de la persona física, sea profesional o empresario civil, por cuanto no puede establecerse la línea divisoria entre su patrimonio personal y el que está dedicado a la actividad productiva. El fondo de comercio mercantil es un atributo de la organización, que no de la persona física inorgánica que lo proyecta desde su particular disposición individual directa (trabajo autónomo). La diferencia entre contabilidad mercantil y fiscal se convierte en piedra de toque para la distinción: ni son iguales ni, tampoco, sus efectos jurídicos lo son.

La cesión del fondo de comercio está gravada en el IVA. El sujeto pasivo del régimen general no está excluido del IVA, aunque la transmisión del patrimonio empresarial para su continuidad por el adquirente sea un supuesto de no sujeción.

Esto demuestra la autonomía de calificación del fondo de comercio respecto a la transmisión de empresa. El profesional, sin embargo, no sigue la disciplina del empresario mercantil puesto que el fondo de comercio es la persona física, salvo en caso de cese de su actividad.

En igual sentido los sujetos pasivos del IVA sometidos a regímenes particulares no quedan sujetos por la transmisión del fondo de comercio, sino al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, un elemento de tráfico entre particulares.

## EPÍLOGO

El secreto posesorio es una de las áreas de mayor relevancia económica de la organización comprensiva de cualquier información descubierta que sea idónea para sostener utilidad y valor y ser objeto de circulación.

Los bienes inmaterial más significativos son el know-how y la actividades I+D.

El know-how supone un intangible de difícil encaje jurídico puesto que su frontera no es previsible, dependiendo de la realidad efectiva contractual. Solo del examen de la naturaleza de la prestación y contraprestación podrá advertirse si la asistencia técnica no encubre know how o viceversa y si el canon resulta precio de adquisición antes que renta arrendaticia de uso.

La actividad de investigación y desarrollo requiere un detenido examen en orden a los efectos jurídicos que indica, sea en su ejercicio cuanto en su resultado. Básicamente, porque siempre es positiva en términos de capital intelectual. Tanto si el I+D reúne las condiciones de patentabilidad como si no las logra supone un bien jurídico posesorio que aumenta el know how de la organización. Consecuentemente, los beneficios fiscales que se prevén y la amortización de la actividad no puede discernir entre el activo de ejercicio y el de resultado, en el bien entendido que se traduce en un intangible susceptible de know how; aunque signifique un fracaso con respecto a la idea inicial.

El secreto propietario es la expresión polisémica que apoya la protección penal y mercantil ante cualquiera, de los property rights como dominio exclusivo y, al tiempo, como secreto revelado por su titular. Las marcas, patentes, signos distintivos, derechos de explotación de autor, los programas informáticos y bases de datos, son las referencias bibliográficas de la empresa, un capital inmaterial que se acredita por las citas ajenas y el uso y penetración en el mercado. No es una propiedad, sino distintas propiedades que responden a cada caso a regímenes materiales específicos.

Las cuestiones que suscitan, en consecuencia, no son fácilmente reducibles a unidad.

Los signos distintivos forman parte del capital relacional de la organización, vehículos de atracción y conservación de clientela. Tienen una condición de vida incierta y en función de otros elementos originan intangibles secundarios. La inversión publicitaria en la marca propone el marketing intangible (brand), un producto inmaterial que apoyado en la marca alcanza su propia identificación singular y es susceptible de tráfico separado.

Tanto la marca como el brand son activos inmateriales sometidos a condición de fugacidad y no es diferente el valor o desvalor del nombre comercial.

Las invenciones patentadas o los modelos de utilidad solicitan distinguir la renta de monopolio (el derecho negativo), de la explotación. La cartera de patentes tiene un valor en si mismo porque exhibe los resultados del I+D y se coloca como antecedente o consecuente de otros inventos. La cesión o licencia de explotación son modos de rendimiento que pueden no ser distantes si la cesión se configura en forma de uso y la licencia es un activo intangible como si fuera adquirido.

Capítulo aparte merecen las invenciones laborales que tienen resonancia especial por su conexión con el capital humano del trabajador. A través de las distintas expresiones que asumen y la importancia que exhiben no puede dejar de considerarse que, en cualquiera de aquellas, debe prevalecer la especificación del asalariado sobre la materia facilitada por la organización, acentuando el momento autónomo de la innovación antes que la calidad de trabajo dependiente de su realizador. Y cuyo derecho a la compensación peculiar de su creación, no parece confundible con el salario.

La propiedad intelectual del autor también encauza particular referencia a la creación en el marco de la relación laboral ordinaria, constatándose que el régimen sustantivo recoge con equidad la propiedad originaria del autor en el seno de la organización. La dilatación de la propiedad intelectual obliga a comentar los programas de ordenador en sus matices diferenciados de la obra literaria, científica o artística tradicional. En particular su acelerada obsolescencia y el necesario reconocimiento a la inversión sustancial del productor de base de datos.

El contenido del fondo de comercio es secreto posesorio y secreto propietario de la organización y clientela. Una suma de capital organizativo y capital relacional. Esta apreciación siendo correcta es insuficiente, puesto que, en coexistencia recíproca, hay otro capital intangible que no está bajo dominio ni posesión, sino sometido a la dirección y autoridad, componente significativo del fondo de comercio.

El trabajo es una concreción del capital humano sirviéndose en particular de la batería de información y conocimiento de la persona.

La resultante es un factor de competencia y capacidad del trabajador cuya individualización como bien inmaterial, está destinada a la generación de beneficios para su titular y la organización en el futuro.

El esfuerzo en la (mejor) transmisión de energía personal a través de la experiencia, formación, educación supone la inversión en uno mismo y desde la perspectiva económica un recurso de ventaja competitiva para la empresa.

El capital humano siempre tiene su centro en el individuo, pero su utilidad depende del empleo. En verdad, el paro desvaloriza significativamente el stock acumulado de información y coarta su crecimiento por mor de la socialización del conocimiento.

Es la organización el cauce para que la información singular y colectiva se yuxtapongan y originen en su conjunto un intangible diferente al que porta la persona física, la fuerza del trabajo en común.

El salario es un concepto clave del trabajo por cuenta ajena, pero pierde nitidez si se tensa su significado.

Una cosa que es clara y obvia es el carácter de retribución de la energía personal directa e inmediata del trabajador.

## EPÍLOGO

El salario responde a la prestación de la persona física en la organización y sirve a su conservación, mantenimiento y reposición.

Pero, el salario consiste solo en una parte del valor añadido del trabajador en común. El equivalente salarial no compensa el total del valor añadido de la fuerza de trabajo en su conjunto. El salario retribuye únicamente la fuente individual de la relación laboral –su conservación–, dejando fuera la remuneración que deriva de la interacción entre la persona y los otros trabajadores y el valor de la plantilla en si misma en la organización. La retribución salarial no puede identificarse con cualquier otra que pueda beneficiar la aportación del capital humano del trabajo.

El salario por despliegue de energía personal debe contemplar la amortización del trabajo que le sirve de fuente permitiendo su reposición al final de su ciclo de vida económica, sea por razones de edad, obsolescencia o cese.

La renta que es fruto del trabajo personal debe reconocer una cuota de amortización dirigida a mantener intacto el capital (humano) habilitando su recuperación como activo intangible, cuando concluye su vida útil. La amortización del rendimiento íntegro concentrado en la competencia del empleado, v.g. mediante reducción previa al neto, sirve a la conservación de la fuente. La renta neta, entonces, es el efecto del consumo del propio capital, acompasando la declinación de valor de la fuente por el transcurso del tiempo, el envejecimiento de la competencia o la abrupta pérdida del puesto de trabajo.

No es imposible establecer la cuantificación amortizable del capital de trabajo, sea individual como colectivo. Por un lado, está el coste de aprendizaje, la renuncia durante un periodo de vida a la obtención de otras rentas y, por otra, el coste de reclutamiento, de integración en la plantilla, de formación, aptos para generar beneficios en tiempos futuros.

La reducción general otorgada en el IRPF a los rendimientos por cuenta ajena con carácter previo al cómputo de la renta neta implica el reconocimiento legal de un gasto amortizable constante del trabajador.

Así como una fracción salarial debe constar amortizable; hay renta que, en su globalidad, deberían considerarse rentas amortizables.

El subsidio de desempleo no debería gravarse puesto que el capital humano de su receptor tiene un valor cero hasta su recolocación, y las percepciones solo tienen ánimo de subsistencia.

Las indemnizaciones por cese y despido compensan el daño causado por la pérdida del puesto de trabajo y la desvalorización del capital hasta el momento del nuevo empleo.

Decía Hicks que no puede concebirse como renta el gasto que empobrece.

Cualquiera que sea su definición, no puede convertirse al salario en una retribución errática, volátil, aleatoria, despegada del personal esfuerzo del trabajador. Hay retribuciones al capital del trabajo que no tienen naturaleza salarial.

Las remuneraciones a riesgo, inclusive negativas, tienen una connotación impropia de salario. El capital de trabajo disponiéndose a si mismo como capital de riesgo puede desembocar en frutos positivos, ganancias, o negativos, pérdidas, en cualquier caso alejados de la particular actividad laboral.

El capital del trabajo actuando como capital de riesgo convierte al titular en un inversor autónomo a su despliegue de energía personal y los frutos que pueden derivarse son productos financieros del capital de trabajo, que no de la relación laboral. Pero, precisamente, el riesgo denota la diferencia con el salario.

La financiarización del capital de trabajo puede concluir en dividendos o en ganancias o pérdidas patrimoniales.

Los dividendos laborales a modo de constructive dividends, se traducen en formas de participación en los resultados, bonus, derechos de opciones sobre títulos valores cuya causa no es la utilización de la energía laboral específica, sino la permanencia, la estabilidad de la organización. La eventual retribución atiende al valor añadido de la fuerza de trabajo en su conjunto, cuando no, al alto directivo por su contribución al fondo de comercio de la organización. Así como el accionista puede recibir dividendos atípicos por su mera condición (préstamos a bajo interés, menor renta arrendaticia de un local de la empresa, etc.), sucede otro tanto con el trabajador por su mera condición de miembro de la fuerza de trabajo.

La asimilación del capital de trabajo, el alineamiento, alcanza su grado de perfección mediante la entrega de acciones en su favor, convirtiéndole en fuente asociada de capital financiero para la organización.

# Bibliografía

## LIBROS

- AAKER, D.A., *Managing brand equity: Capitalizing on the value of a brand name*, Nueva York, 1991.
- ABADÍA VICENTE, M., Cuestiones complejas que suscita la propiedad industrial e intelectual. Especial consideración de los programas de ordenador en *Patentes, marcas, software*, Murcia, 2001.
- ACOSTA ESPAÑA, R., *Impuesto sobre Transmisiones y Operaciones Societarias*, T. VII-Iº en Comentarios a las leyes tributaria y financieras, Madrid, 1991.
- ACQUARONE, D., *L'Ambiguité du droit à l'image*, Dalloz, 1985, Chron.
- Administradores y Directivos, 2002-2003, Ediciones Francis Lefevre, Madrid.
- AEAIF, *Fiscalidad Internacional. Convenios de doble imposición*, Pamplona, 1998.
- ALBI, E., *Fiscalidad y empresa familiar*, Barcelona, 1994
- ALCALDE, F., *La profession liberale en droit fiscal*, Montpellier, 1984.
- ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia*, en URÍA, R.-MENÉNDEZ, A., Curso de Derecho Mercantil, Madrid, 1999.
- AMORÓS DORDA, N., *Impuesto sobre el Patrimonio en Comentarios a las leyes tributarias y financieras*. Tº V, Madrid, 1987.
- ANDRES AUCEJO, E., *La Amortización del inmovilizado material*, Valencia, 2000.
- ARACHI, G., *Problemi di tassazione degli strumenti finanziari derivati*, Milano, 2000
- ARDEMANI, E.-ALBERTI, G.-BRUNI, G.-CERIANI, G.-FRATTINI, G.-ROCCA, F., *l'Impresa, IV, La gestione straordinaria*, Milano, 1990.
- ARNAU ZOROA, F., *Explotaciones económicas individuales y las sociedades como material del IP en España*. En Impuesto sobre el patrimonio, Madrid. XXI Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1979.

- ASCARELLI, T., *Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- BACIGALUPO, E., *Curso de derecho Penal Económico*, Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico* (Aplicado a la actividad empresarial), Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho Penal*. Parte Especial V. II, Madrid, 1998.
- BANACLOCHE, J.-BLESAS, M.-GIMÉNEZ REYNA, E.-GONZÁLEZ PÓVEDA, V.-PEÑA ALVAREZ, F., *El impuesto sobre sociedades*, Jaen, 1981.
- BARNARD, C., *The functions of the executive*, Cambridge, Mass, 1953.
- BARRE, R., *Economía Política I*, Barcelona, 1981.
- BATALLA y MONTERO DE ESPINOSA, A., *La transmisión del patrimonio empresarial en el IVA y la Inspección de Hacienda*, Madrid, 1984.
- BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica, Disciplina de la competencia desleal*, Madrid 1993.
- BECKER, G., *Le nuove ricchezze: istruzione e formazione* en Il Capitale, cit.
- BECKER, G., *Human Capital*, New York 1964.
- BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2001.
- BERCOVITZ, R., Coordinador, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2001.
- BERLE, A.-MEANS, G., (1932) *The modern corporation and private property*, New Brunswick, New Jersey, 1991.
- BERTRAND, A., *Droit à la vie privée et droit à l'image*, París, 1999.
- BESSONE, M.M., *Instituzioni di diritto privato*, Torino, 1994.
- BESTA, E., *Ragioneria I*, Milano, s.f.
- BLAIR, M.M.-STEVEN M.H., WALLMAN, *Unseen Wealth*. Report of the Brookings Task Force on Understanding Intangible Sources of Value. Washington. October 2000.
- BLOCH, P., *Image et droit*, París, 2002.
- BOUVARD, F., *La commercialisation de l'image de la pesonne physique*, En Image et Droit, Cit.
- BOYDEN LAMB, R., *The Role of intellectual property and intangible assets in merger and acquisitions*. En Intellectual property assets, Cit.
- BREÑA CRUZ, F.A.-GARCÍA MARTÍN, J.A., *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto*, Madrid, 1980.
- BREÑA RUIZ, F.A.-GARCÍA MARTÍN, J.A.; *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto*, Madrid, 1980.
- BRYER, L.-SIMENSKY, M., *Intellectual property assets and intelectual property accompanying mergers and acquisitions*. Nueva York, 2002.
- BURGE. D.A., *Patent and Trademark. Tactics and practice*, N. York, 1984.

## BIBLIOGRAFÍA

- C. CHECA GONZALEZ-F. CLAVIJO HERNANDEZ- G. DE LA PEÑA VELASCO-R. FALCÓN Y TELLA-E. SIMÓN ACOSTA; *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 2000.
- CALABRÓ, A., *Il Capitale*, Milano, 2001.
- CALAVIA MOLINERO, J.M., *Sociedad holding familiar y estatutos sociales de la empresa familiar*, coordinadores PONT MESTRE, M., PONT CLEMENTE, J.F., Barcelona, 2001.
- CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale 1º*, Torino, 2000.
- CAÑIBANO CALVO, L-SANCHEZ MUÑOZ, P-GARCÍA AYUSO, M-COVERSI, C., *Proyecto Meritum*, Madrid, 2002.
- CAÑIBANO, L., *Contabilidad*, Madrid, 1987.
- CARNELUTTI, F., *Studi di diritto civile*, Roma, 1916.
- CARNELUTTI, F., *Teoria Generale del Diritto*, Roma, 1951.
- CARTER, A.W., *Accounting for intellectual property during mergers and acquisitions*. En BAYER, L-SIMENSKY, M., Op. cit.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, 1927.
- CASTELLANO REAL, F.-PEREIRA RODRIGUEZ, J.J., *El nuevo Impuesto sobre Sociedades*, 4, Madrid, 1995.
- CEBRIÁ, L.H., *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Valencia, 2002.
- CENCERRADO MILLAN, E., *La tributación del patrimonio empresarial y profesional de la persona física*, Madrid, 1995.
- CERIANI, V.G., “Le cessioni di imprese” en *L’Impresa IV*, Milano, 1990.
- CHULIÁ, F.V., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991.
- CHULIÁ, F.V., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2001.
- COLSTON, C., *Principles of intellectual property law*, London, 1999.
- COSCIANI, C., *Istituzioni di Scienza delle Finanze*, Torino, 1970.
- CRAVERA, A.-MAGLIONI, R.-RUGGERI, R., *La valutazione del Capitale Intellettuale*, Milano, 2001
- DAVENPORT, T.O., *Capital Humano*, Barcelona, 2000.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., *Comentarios del Código Civil*, I. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2000.
- DE COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1988.
- DE LA CÁMARA ALVARES, M., *La venta de la empresa: Principales problemas que plantea*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1981.
- DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 1999.
- DESDENTADO BONETE, A.-DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000.

- DEVAL TENA, A.L., *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Madrid, 2002.
- DÍAZ YANES, I., *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, Valencia, 1996.
- DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial III*, Madrid, 1995.
- DIEZ PICAZO, L.-GULLÓN, A.; *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I y II, Madrid, 1995.
- DODGE, J.M., *The logic of Tax. Federal Income Tax Theory and Policy*, Minnesota, 1989.
- DUE, J., *Análisis Económico de los Impuestos*, Bs. As. 1972.
- DURÁN, M.L., en *Fiscalidad Internacional*, Madrid, 2001.
- EDVINSSON, L., *Corporate Longitude*, London, 2002.
- EDVINSSON, L., MALONE, L., *Intellectual Capital*, London, 1997.
- EIROA, F.J., *El Impuesto sobre el Patrimonio Neto*. XXVI Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1979.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Madrid, 1995.
- ESTEVE SERRANO, T.A., *Desigualdad, política fiscal e impuesto sobre el patrimonio*, en XXVI Semana de Estudios Cit.
- EUSTACE, C., SMITH, G.V., PARR, R.L., *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*, Nueva York, 2000.
- EUSTACE, C., *The intangible economy impact and policy issues*. Report of the European High Level Expert Group on the intangible economy. Comisión Europea. Octubre 2000.
- FALZEA, A., *Voci di Teoria generale del diritto*, Milano, 1970.
- FAUSTO, D.-LECCISOTTI, M., *Economia e finanza della sicurezza sociale*. Torino, 1973.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Participación de directivos y trabajadores en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario*. En Derecho de Sociedades, libro homenaje a F.Sánchez Calero, Madrid, I, 2002.
- FERNÁNDEZ, F.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Albadalejo XX, Madrid, 1986.
- FERRARA, F., *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, Madrid, 1950.
- FERRARA, F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949.
- FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, Torino, 1993.
- FORTE, F.-BONDONIO, P.-JONA CELESIA, L., *Il Sistema Tributario*, Vol. 5 del *Trattato di Economia Publica*, Torino, 1980.
- GABRIELLI, M.- DE BRUNO, S., *Capire la Finanza*, Milano, 2002.
- GALGANO, F., *Diritto Privato*, Padova, 1988.
- GARRIGUES, J., *La propiedad industrial y la empresa. Actas de Derecho Industrial*, 1997.
- GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, Roma, 2000.

## BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ-BUENO, C., *Principales innovaciones en el proyecto de Ley de Marcas*. En Patentes, marcas, software, Murcia, 2001.
- GOTA LOSADA, V.A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, T. II, Madrid, 1988.
- GOUTHIERE, B., *Les impôts dans les affaires internationales*, París, 2001.
- GURDENSEN, G.A., *Intellectual property aspects of acquisitions*, en BRYER, L.-SIMENSKY, M., *Intellectual property assets*.
- GUYON, Y., *Droit des affaires, Droit commercial general et sociétés, T. 1*, París 1998.
- HANSEN, B., *El Impuesto sobre el Patrimonio*, Madrid, 1972.
- HENSEL, A *Diritto Tributario*, Milano, 1956.
- HOLYOAK-TORREMANS, *Intellectual Property law*, Londres, 2002.
- IBAÑEZ GIMENEZ, J., *Stock Options*, Madrid, 2001.
- ILLESCAS, R., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Cit.
- Informe Carter, Impuesto sobre la renta, Vol II, Madrid, 1975.
- Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma, Madrid, 2002.
- JARACH, D., *Impuesto a las Ganancias*, Bs. As., 1980.
- JIMENEZ SANCHEZ, G.J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2000
- KAPLAN, R.-NORTON, D.P., *The Balanced Scorecard*, Boston, 1996.
- KEMMEREN, E.-ESSER, P.-DE BONT, S., *Fiscal versus commercial profit accounting*, IBFD, 1996.
- LABINI, P. S.; *Dispense di Economia*, Roma, 1969.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derechos Reales Vol I en Elementos de Derecho civil III*, Barcelona, 1988.
- LANCASTER, K., *Economía moderna I*, Madrid, 1977
- LAORDEN, J.-ARQUÉS, J., *Comentarios al Impuesto sobre sociedades, T I*, Madrid, 1998. Amortización del inmovilizado, G. Gutierrez-M. Villaró-P. San José.
- LE JOLY, K.-MOINGEON, B., *Gouvernement d'entreprise, débats théoriques et pratiques*, París, 2001.
- LEGAZ LACAMBRA, en *Elementos de Derecho Civil*, LACRUZ BERDEJO, J.L., Parte General vol. II, Madrid, 1999.
- LEMEUNIER, F., *Fonds de commerce*, París, 2001.
- LEV, B., *Communicating Knowledge capabilities*. N.Y. University, Stern School of Business, 2000.
- LEV, B., *Intangibles*, Washington, 2001..
- LOCKE, T., *The second treatise S. 27 en Two treaties of government* Laslett, P., Cambridge, 1970.
- LOJENDIO OSBORNE, I., *Aportaciones sociales*, en T. 3, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, R. URÍA-A. MENENDEZ-M. OLIVENCIA, Madrid, 1994.

- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., *Régimen Fiscal de la Propiedad Industrial*, Valencia, 1998.
- MAATI, J., *Le Gouvernement d'Enterprise*, París, 1999.
- MAFFEZZONI, F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970.
- MAILLARD, P., *Intéressement, Participation, Actionariat*, París, 2002.
- MALVAREZ PASCUAL, L.A., *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1996.
- MANCA, F., *Il valore del bilancio degli intangible assets*, Padova, 2002.
- MARIN BARNUEVO, F., *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, Madrid, 1996.
- MARTÍN RETORTILLO, L., En MARTÍN RETORTILLO/DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- MARTIN, D.N., *Romancing the brand. The power of advertising and how to use it. American Management Association*. N. York, 1999.
- MARTÍN, J.P., *Droit des inventions de salariés*, París, 2002.
- MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico*, Valencia, 2002.
- MAYO, A., *The human value of the enterprise*, London, 2001
- MEADE, J.E., *The structure and reform of direct taxation*, London, 1978.
- MEHL, L., *Elementos de ciencia fiscal*, Barcelona, 1964.
- MILGROM, P.-ROBERTS, J., *Economie, organisation et management*, Bruxelles, 1997.
- MILLER, R.-WURZBURG, G., *Investing in human capital*, OCDE, April, 1995.
- MINGUZZI, I.G., *I Contratti Commerciali*, Rimini, 1990.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994.
- MORENO CEREZO, F., *El impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1981.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I., Art. 11 IP *Derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial* en E.S. ACOSTA, *Comentarios a la LIRPF y a la LIP*, Pamplona, 1995.
- MOYA CASTILLA, J.M.-POSE VIDAL, S., *El régimen jurídico laboral de los altos directivos*, Barcelona, 1998.
- NAPOLEONI, C., *Valore*, Milano, 1976.
- NICOLÓ, R., *Riflessioni sul tema dell'impresa en Il diritto privato nella società moderna*, coord. RODOTÁ, S., Bologna, 1971.
- OCDE, *Transfer pricing. Guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Marzo 1996.
- ONIDA, P., *Economia d'Azienda*, Torino, 1968.
- OUDENOT, P., *Fiscalité approfondie des sociétés*, París, 2001.

## BIBLIOGRAFÍA

- PAROT, J.C., *Fiscalité de la cession d'entreprise*, París, 1997.
- PARRAVICINI, G., *Scienza delle finanze, Principi*, Milano, 1970.
- PASTOR, S., *Sistema Jurídico y Economía*, Madrid 1989.
- PEDONE, A., *Elementos de Hacienda Pública*, Barcelona 1978.
- PÉLISSIER, A., *Possession et meubles incorporels*, París, 2001.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.V. Vol. 2º, Madrid
- PEREZ DE LA CRUZ, A., en URÍA, R-MENENDEZ-A., *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 2001.
- PEREZ ROYO, I., *Manual del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, I*, Madrid, 1999.
- PEREZ, A.M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T VI, en M. ALBADALEJO, Madrid, 1980.
- PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.
- PERROUX, F.; *Le capitalisme*, París, 1969.
- PIAZZA, M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 1999.
- PIERON, A.-BROSENS, J.-COLMANT, B., *Les instruments financiers derives*, Diegem, Bruxelles, 1998.
- PIERRE, J.L., *Fiscalité de la recherche, de la propriété industrielle et des logiciels*, París, 2000.
- PONT MESTRES, M-PONT CLEMENTE, J.F., *El Impuesto sobre Sociedades*, Barcelona, 1996.
- PREST, A.R., *Public finance theory and practice*, London, 1960
- PUGLIATTI, S., *Bene e Cose in senso giuridico*, Milano, 1962.
- QUINTAS BERMÚDEZ, J., *Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 1984.
- REILLY, R.F.-SCHWEIHS, R.P., *Valuing intangibles assets*, New York, 1999.
- RIPERT, G.-ROBLOT, R.-VOGEL, L., *Traité de Droit Commercial*, París, 2001.
- RIPERT, G.-ROBLOT, R., *Traité Élémentaire de droit commercial*, París, 1968.
- RIVERO HERNANDEZ, E., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Madrid 1997.
- ROBINSON, J.-EATWELL, J., *Economía Política*, Milano, 1974.
- RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de Autor*, Madrid, 1992.
- ROLPH, E.R.-BREAK, G.F., *Public Finance*, Nueva York, 1961.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962
- ROSANAS MARI, J. M.-PEREIRA SOLER, *Contabilidad Financiera II*, Bilbao, 1986.
- ROSEMBUJ, T., *Derecho fiscal Internacional*, Barcelona, 2001; *Guía Fiscal del Trabajador Autónomo*, Barcelona, 1990; *Impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Barcelona, 1992; *La Transacción Tributaria*, Barcelona, 2000.

- RUFFOLO, G., *La gran empresa en la sociedad moderna*, Barcelona, 1973.
- SAVATIER, J., *Qu'est-ce qu'une profession libérale?* Rev. Projet, 1966.
- SALAS FUMÁS, V., *El Gobierno de la Empresa*, Barcelona, 2002.
- SANCHEZ ANDRÉS, A., *Las llamadas stock options y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, en Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Madrid, 2002, II.
- SANCHEZ CALERO, F., *Administradores*, Arts. 123 a 143 en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, IV, Madrid, 1994. *Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas* en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, III, Valencia, 1995.
- SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1997.
- SANTORO PASARELLI, F., *Doctrina general del Diritto Civile*, Napoli, 1970.
- SCHAFFNER, J., *Fiscalité Internationale*, Luxembourg, 1999.
- SCHMIDT, J.-SZALEWSKI-PIERRE, J.L., *Droit de la propriété industrielle*, Paris, 2001.
- SCHULTZ, T.W., *Investment in Human Capital en Phelps E.S., The goal of economic growth*, N. York, 1969.
- SCHUMPETER, J., *Capitalismo, socialismo, democracia*, Milano, 1973; *Teoria de lo sviluppo economico*, Firenze, 1971; *Storia dell'analisi economica*, Torino, 1970; *Business cycles*, Nueva York, 1939. *Théorie de l'évolution économique*, Paris, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.
- SEPÚLVEDA, P.-TORNABELL, R., *Estrategia Financiera*, Barcelona, 1983.
- SERNA, M., *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, 1997.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Coord. Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000.
- SIMÓN ACOSTA, E., *El nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Navarra, 1999.
- SLEMROD, J.-BAKIJA, J., *Taxing ourselves*, MIT, Cambridge, 2000.
- SMITH, G.V.-PARR, R., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, New York, 2000.
- SPADA, P., *Lezioni sull'azienda, en L'impresa*, Milano, 1985.
- STEVE, S., *Lezioni di Scienza delle Finanze*, Padova, 1972.
- STEWART, T.A., *Intellectual Capital, The new wealth of organization*, London, 2000; *La ricchezza del sapere*, Milano, 2002, del original *The Wealth of Knowledge*, 2001.
- SULLIVAN, P.H., *Value-Driven Intellectual Capital*, New York, 2000.
- SVEIBY, K.E., *The new organizational wealth*, San Francisco, 1997.
- TABATONI, P., *L'incorporel comme ressource économique. Propos introductif en Archives de philosophie du droit*, T 43, Le droit et l'immatériel, Paris, 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

- TABET, G., *Il Diritto d'Autore en Il Reddito d'Impresa*, Vol.I, Padova, 1997.
- TESAURO, E., *Istituzioni di diritto tributario*, II, Torino, 1999.
- TEECE, D.J., *Managing Intellectual Capital*, London, 2002.
- TORRES LÓPEZ, J., *Análisis Económico del Derecho*, Madrid, 1987.
- TOVILLAS MORAN, J.M., *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, Madrid, 2001.
- TRIMELLONI, M., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 1979.
- URIA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 2001.
- URÍA, R.-MENENDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid 2001.
- URIA, R.-MENENDEZ, A.-OLIVENCIA, M., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1994.
- VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo*. Madrid, 2001.
- VALLVERDÚ, J.-CASTILLO, F.J., *De las Directivas de la CEE al Plan General de Contabilidad*, Barcelona, 1991.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Valencia 1996.
- VERRUCOLI, P., *Riforma tributaria ed evoluzione del concetto di impresa*, en *Riforma tributaria e diritto commerciale*, Milano, 1978.
- VITI DE MARCO, A., *Principii di Economia Finanziaria*, Torino, 1936.
- WIRTZ, P., *Politique de financement et gouvernement d'entreprise*, París, 2002.
- ZAGATO, L., *Il contratto comunitario di licenza di know how*, Padova, 1996.
- ZURDO RUIZ, J.-AYUCAR, J., *Tratado sobre el IVA*, Madrid, 1993.

## ARTÍCULOS

- BARRACHINA, E., *Transferencia de tecnología en el I.S.*, El Fisco, 28-07-2000; *La cesión de imagen de los artistas*, El Fisco, 48.
- CARNELUTTI, F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. Rivista del Diritto Commerciale, 1913, I
- CARO, A., *Amortización de fondo de comercio financiero en Carta Tributaria*, 15-01-2000.
- CASTANIAS, R.-HELFAT, C., *Managenerial resources and rents*, Journal of Management, 1991.
- DE NOSSON, F.C., *Las empresas multinacionales y el desarrollo, propiedad y licencia de marcas y nombres comerciales*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, Abril-Junio 2000.
- DELGADO GOMEZ, A., *La Amortización y el Impuesto de Sociedades*. Carta Tributaria, 1/4/1987.

- DOMINGUEZ ORDICIO, J.R., *Los incrementos y disminuciones de patrimonio*, Impuestos, 5, 1991.
- EDELMAN, B., *Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image*, Dalloz r. 1970 chron 119 nº 5.
- FAMA, E., *Agency problem and the theory of the firm*, Journal of political economy, 88.2, 1980.
- FREEMAN, R.-REED, D., *Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance*, California Management review, 25.3, 1983.
- GALLO, E., *Ratio e struttura dell'IRAP*, Rassegna Tributaria, 3, 1998, *I presupposti della tassazione ambientale*, Rassegna Tributaria 1/1999; *Welfare e riforma dell'imposta personale*, Rassegna Tributaria, 1, 2001.
- GARCIA ARRIETA, M., dirigida por C.I. Muñoz Colomina en *Panorámica europea del fondo de comercio*, Madrid, 1996.
- GARCÍA NOVOA, C., *Las deseables modificaciones de la fiscalidad de las stock options en la nueva ley del IRPF*, El Fisco, 78.
- JENSEN. M.-MECKLING, W., *Theory of the firm: management behavior agency costs and ownership structure*, Journal of financial economics, 3, 1976.
- LASARTE ALVAREZ, J.-ADAME MARTINEA, F., *Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en el IRPF*, en Revista Gallega de Empleo, 2, 2000.
- NICOLO, R., *Riflessione sul tema dell'impresa* en Rivista di Diritto Commerciale I, 1956.
- PERROUX, F., *Le profit et les progrès économiques*, Revue del áction populaire, París, 1957.
- ROLPH, E.R., *Controversy surrounding negative income tax*, Public Finance, 2, 1969.
- ROSEMBUJ, T., *La tributación de los rendimientos del capital mobiliario en España: una reconstrucción crítica*, Quincena Fiscal, enero, 2000.
- SEGARRA TORMO, S., *Tratamiento fiscal del fondo de comercio en la Ley 43/95*, en Gaceta Fiscal, 1996.
- SHLEIFER, A.-VISHNY, R., *Management entrenchment: the case of the manage of specific investments*, Journal of financial economics, 25, 1989.
- TOVILLAS, J.M., *La participación de los empleados en el capital de su empresa: una opción fiscalmente atractiva*, El Fisco, julio 2002.
- VEDEL, G., *Avís du Conseil Economique et Social sur "Les conditions d'imposition des revenus du travail et des revenus du capital"* J.O. 1-03-1974.