

Revista Técnica Tributaria

Estudios

- **Andrés Báez Moreno**
- **Sabina de Miguel Arias**
- **José Enrique Monterroso Muñoz**
- **Salvador Miranda Calderín**



AEDAF
Asociación Española
de Asesores Fiscales

El caso GIMLE: una nueva oportunidad perdida para aclarar el sentido del principio de imagen fiel y sus consecuencias fiscales

Andrés Báez Moreno^{1*}

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Carlos III de Madrid
Postdoctoral fellow IBFD, Amsterdam.

Resumen

La sentencia de 3 de octubre de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Gimle se ha pronunciado por primera vez sobre el contenido, efectos y límites de la disposición contenida en la Directiva y en el Derecho contable interno de los Estados Miembros que permite inaplicar reglas contables cuando el resultado de las mismas pueda comprometer las exigencias del principio de imagen fiel (*true and fair view override*). El trabajo que aquí se presenta contiene una crítica detenida al pronunciamiento y anticipa los efectos que eventualmente pueda desplegar el mismo sobre el régimen contable español de operaciones entre empresas del grupo y la interpretación del principio contable de prevalencia del fondo sobre la forma. El trabajo se cierra con una reflexión sobre cuál debería haber sido a mi juicio la posición asumida por el TJUE en relación con el *true and fair view override* y sus implicaciones fiscales.

Abstract

The ECJ decided on October 3rd 2013 for the first time on the true and fair override contained in the European Directive and the domestic commercial law of Member States (Gimle case). This article offers a critical approach to the decision and additionally tries to anticipate its possible outcome for the Spanish Commercial Accounting Law Group Regime and in general for the accounting principle of substance over form. The article concludes with a general reflection on which should have been the proper approach of the ECJ to the true and fair view override and its fiscal consequences.

Palabras clave

Palabras clave: imagen fiel, excepción por imagen fiel, prevalencia del fondo sobre la forma, Impuesto sobre Sociedades, valoración de elementos patrimoniales, régimen de operaciones entre empresas del grupo.

Keywords

True and fair view, true and fair view override, substance over form, Company Taxation, valuation of assets, accounting regime on group transactions.

1 * andres.baez@uc3m.es

Sumario

1. Introducción: el problema de la excepción por imagen fiel y su incidencia fiscal
2. La sentencia GIMLE. Los hechos y la decisión del TJCE
3. Las inconsistencias de GIMLE y las cuestiones cruciales que el pronunciamiento deja abiertas
 - 3.1. GIMLE rompe con cierta línea jurisprudencial previa.
 - 3.2. GIMLE deja algunas cuestiones sin resolver y abre nuevos interrogantes
 - 3.2.1. ¿Un principio de imagen fiel con efectos exclusivamente informativos?
 - 3.2.2. ¿Un principio de imagen fiel que requiere habilitación normativa expresa?
4. Las eventuales consecuencias de la Sentencia GIMLE para el ordenamiento contable español. La Norma de Valoración para operaciones entre empresas del grupo y el Principio Contable de prevalencia del fondo sobre la forma
 - 4.1. La Norma de Valoración 21ª del Plan General Contabilidad. Las normas contables para operaciones entre empresas del grupo
 - 4.2. La prevalencia del fondo sobre la forma y las exigencias del principio de prudencia.
5. GIMLE: una ocasión perdida para clarificar el contenido y efectos contables (y fiscales) del principio de imagen fiel
 - 5.1. ¿Cuál es el estándar antiabuso en la IV Directiva? El presupuesto de hecho de la TFO
 - 5.2. La TFO y sus consecuencias respecto de la base imponible de los impuestos que recaen sobre el beneficio empresarial

1. Introducción: el problema de la excepción por imagen fiel y su incidencia fiscal

A pesar de su extraordinaria trascendencia jurídica lo cierto es que el Derecho Contable material no ha suscitado excesiva atención en la doctrina española². Su complejidad técnica, su formulación mediante categorías parcialmente ajenas al mundo del Derecho o, en términos más generales, su pretendida falta de “juridicidad” han mantenido a la doctrina mercantilista y, en menor medida también a los cultivadores del Derecho Tributario, alejados de una disciplina cuya relevancia extraordinaria no hace falta siquiera probar. Si ya su importancia a efectos meramente jurídico-societarios resulta incuestionable, su trascendencia fiscal bien puede calificarse como crucial teniendo en cuenta que la base imponible de los impuestos que recaen sobre el beneficio empresarial parte, precisamente, del resultado contable.

Como no podía ser de otra forma esa falta de interés se ha proyectado también sobre una de las cuestiones nucleares (y no resueltas) del Derecho Contable armonizado. Nos referimos, en concreto, al llamado “*principio de imagen fiel*” y, más allá de su contenido y proyecciones, a la llamada función de inaplicación de reglas contables. A este respecto conviene reproducir literalmente el contenido del artículo 34 del Código de Comercio, en su versión hoy vigente, que constituye el punto de partida del problema, al menos por lo que se refiere al Derecho Contable Español:

“(…)

2. *Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.*
3. *Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.*
4. *En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. (...)*”

Hasta la fecha, y más allá de las especulaciones doctrinales, la jurisprudencia del TJCE (intérprete último de la Directiva de Balances de cuya trasposición resulta la regulación contenida en el Código de Comercio) había avanzado muy lentamente en la concreción del contenido y significado jurídico del principio de imagen fiel³. Pero lo que sí que constituía una total incógnita eran los presupuestos y consecuencias de la llamada función de inaplicación de las reglas contables contenida en el artículo 34.4 del C.Com fruto de la trasposición del artículo 2.5

2 No puede decirse lo mismo de la llamada “Contabilidad Formal” que integrada por los preceptos hoy recogidos en los artículos 25 a 33 del Código de Comercio sí que ha merecido mayor atención por parte, sobre todo, de los cultivadores del Derecho Privado.

3 Sobre la jurisprudencia del TJCE en materia contable hasta la fecha: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 437-454. BÁEZ MORENO, Andrés; CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *La armonización contable europea, las NIC/NIIF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. /En/ Impuesto sobre Sociedades. Régimen General. Tomo I* (Eduardo Sanfrutos Gambin, Dir.). 2ª edición Pamplona: Ernst&Young-Thomson Aranzadi, 2013, p. 103-160.

de la Directiva 78/660/CEE (Cuarta Directiva, en adelante), de idéntico contenido y formulación muy semejante⁴. En definitiva, las preguntas eran muchas y todas trascendentes a efectos contables y, por supuesto, fiscales: ¿cuándo resulta una disposición contable incompatible con el principio de imagen fiel? ¿qué implica la excepcionalidad que la propia norma predica de la inaplicación? ¿la inaplicación tendrá efectos exclusivamente informativos o también patrimoniales y relictivos?

Pues bien, sin que pueda afirmarse que todas esas preguntas hayan encontrado respuesta, lo que sí es cierto es que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, en adelante) de 3 de octubre de 2013 (C-322/12 *État belge vs. GIMLE SA*, sentencia GIMLE en adelante) ha aclarado sustancialmente muchas de ellas en un sentido, además, bastante distinto de lo que cabía esperar a juzgar por sus pronunciamientos anteriores.

En este trabajo daremos noticia del pronunciamiento describiendo de forma sucinta los hechos y la decisión del TJCE (epígrafe II). Posteriormente, se analizarán determinadas cuestiones respecto de las que el pronunciamiento del TJCE no ha sido claro tratando de concretar cuál sea el alcance que al mismo debe darse (epígrafe III). Por último, y es aquí donde creo que reside el interés fundamental de este trabajo, se estudiarán los efectos determinantes que esta sentencia despliega respecto del ordenamiento contable español deteniéndonos particularmente en sus consecuencias fiscales (epígrafe IV). El trabajo se cierra con una reflexión en torno a cuál podía haber sido la respuesta correcta por parte del TJCE y las consecuencias que la misma podría desplegar a efectos fiscales (epígrafe V).

2. La sentencia GIMLE. Los hechos y la decisión del TJCE

Los hechos que originaron la controversia son relativamente sencillos. GIMLE, sociedad anónima belga, fue constituida el 26 de noviembre de 1998 por dos personas físicas de nacionalidad sueca y residentes en el Reino Unido. GIMLE tenía como objeto social, en particular, la adquisición de participaciones y acciones en todo tipo de sociedades y la gestión de éstas. El 27 de noviembre de 1998, GIMLE adquirió 50 acciones de la sociedad sueca TV-Shop Europe AB, de la que una de las personas físicas residentes en el Reino Unido era socio fundador⁵, por un importe de 5.000 coronas suecas (SEK), es decir, 100 SEK por acción. El 4 de enero de 1999, es decir, 38 días después de su adquisición, GIMLE vendió estas acciones a Electronic Retailing AB, sociedad sueca, por un precio de 17.000.000 de SEK, lo que equivale a 340.000 SEK por acción. A raíz de esta venta, GIMLE contabilizó una plusvalía de 74.776.696 francos belgas (BEF) (1.853.668 euros), correspondiente a la diferencia entre el precio de venta y el precio de adquisición de dichas acciones. De acuerdo con la legislación belga vigente en aquel momento las plusvalías obtenidas por dicha venta de acciones estaban exentas en el Impuesto sobre Sociedades⁶.

No obstante, mediante una liquidación complementaria de 19 de noviembre de 2002, la Administración tributaria belga estimó que GIMLE había obtenido beneficios sujetos a impuesto como consecuencia de la plusvalía

4 Señala el citado precepto de la Directiva: "Cuando, en casos excepcionales, la aplicación de una disposición de la presente Directiva resultare contraria a la obligación prevista en el apartado 3, no se aplicará la disposición de que se trate, con el fin de ofrecer una imagen fiel con arreglo al apartado 3. Tal supuesto de inaplicación deberá mencionarse en la memoria y será debidamente motivado, con indicación de su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados. Los Estados miembros podrán precisar los casos excepcionales y establecer el régimen de inaplicación correspondiente".

5 En los hechos del caso no se dice de forma expresa que las acciones fueran titularidad de la(s) persona(s) física(s) residente(s) en el Reino Unido pero todo hace pensar que así era.

6 Este régimen fue reformado el 29 de marzo de 2012 condicionando la exención a un periodo de tenencia mínima previo de un año.

materializada con ocasión de la adquisición de las acciones de que se trata en el litigio principal, es decir, «a raíz de la salida del activo monetario a cambio de las acciones cuyo valor real es superior al precio pagado». De este modo, la Administración tributaria presumió que el valor real de las acciones, en el momento de su adquisición el 27 de noviembre de 1998, no se correspondía con su valor de adquisición (100 SEK por acción), sino con su precio de reventa el 4 de enero de 1999 (340.000 SEK por acción). En consecuencia, dicha Administración consideró la plusvalía correspondiente de 74.776.696 BEF (1.853.668 euros) sujeta al impuesto sobre sociedades.

Tanto en el recurso ante el Tribunal de primera instancia como en la apelación ante el Tribunal de apelaciones de Bruselas como, finalmente, en el recurso de casación ante la Corte Belga de casación, la Administración Tributaria sostuvo que la valoración de las acciones adquiridas por GIMLE, conforme a su valor de mercado, podía justificarse por la aplicación directa del artículo 16 del Real Decreto de 8 de octubre de 1976 relativo a las cuentas anuales de las empresas conforme al cual, en el caso particular de que la aplicación de las normas de valoración contables (señaladamente la regla de valoración a coste histórico) no respete el principio de imagen fiel, procederá la inaplicación de dichas reglas⁷.

Al considerar que el recurso de casación del Estado belga requería una interpretación del artículo 2, apartados 3 a 5, de la Cuarta Directiva, la *Cour de cassation* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 2, [apartados] 3, 4 y 5, de la [Cuarta] Directiva [...] en el sentido de que (no) se limita a prever la inclusión de información complementaria en la memoria de las cuentas anuales, sino que exige, cuando el precio de adquisición no se corresponde manifiestamente con el valor real de los bienes de que se trata, ofreciendo así una imagen falseada del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, introducir una excepción al principio de la contabilización de los activos al precio de adquisición y contabilizarlos inmediatamente a su valor de reventa si éste resulta ser su valor real?⁸»

Tras algunas afirmaciones generales que no implican novedad alguna en la jurisprudencia contable del TJCE, el Tribunal señala que ya en ocasiones anteriores se ha precisado que la aplicación del principio de imagen fiel debe guiarse, en la medida de lo posible, por los principios generales contenidos en el artículo 31 de la Cuarta Directiva, entre los cuales el principio de prudencia enunciado en el artículo 31, apartado 1, letra c), de la Directiva tiene particular importancia. En este sentido, y en virtud de las disposiciones del artículo 31, apartado 1, letra c), de la Cuarta Directiva, el hecho de tener en cuenta el conjunto de elementos –beneficios obtenidos, cargas, ingresos, riesgos y pérdidas– que corresponden realmente al ejercicio de que se trate permite garantizar la observancia del principio de la imagen fiel. En particular, el mencionado apartado 1, letra c), inciso aa), dispone que sólo podrán anotarse los beneficios obtenidos en la fecha de cierre del balance.

Continúa el TJCE afirmando que el principio de imagen fiel debe también entenderse a la luz del principio enunciado en el artículo 32 de la Cuarta Directiva, en virtud del cual la valoración de las partidas que figuran

7 No obstante se ha denunciado que el argumento relativo a la aplicación del principio de imagen fiel para provocar la inaplicación de una norma contable de valoración se plantea sólo desde el momento en que la liquidación inicial es recurrida ante los Tribunales (Docclo, Caroline. *GIMLE. Principle of a true and fair view of company's assets set out in Fourth Directive 78/660/EEC. /En/ Highlights and Insights*, 2013, p. 43). Se trata en todo caso de un extremo irrelevante para la correcta solución de la controversia.

8 Lo que se reproduce a continuación es un mero resumen de los argumentos del TJCE. En siguientes epígrafes haremos referencias más detalladas a los mismos.

En conclusión, la imagen fiel que deben ofrecer las cuentas anuales de una sociedad no se basa en una valoración de los activos efectuada en función de su valor real, sino en función de su coste histórico

en las cuentas anuales se hará en función del precio de adquisición o del coste de producción. En conclusión, **la imagen fiel que deben ofrecer las cuentas anuales de una sociedad no se basa en una valoración de los activos efectuada en función de su valor real, sino en función de su coste histórico.**

A continuación el TJCE advierte, sin embargo, que el artículo 2, apartado 5, de la Cuarta Directiva dispone que cuando, en casos excepcionales, la aplicación de una disposición de la Directiva resultare contraria a la obligación prevista en el apartado 3 de ese artículo 2, no se aplicará la disposición de que se trate, con el fin de ofrecer una imagen fiel con arreglo al apartado 3. En virtud del artículo 2, apartado 5, de la Cuarta Directiva, es por lo tanto posible, en casos excepcionales, inaplicar el artículo 32 de dicha Directiva, que impone una valoración de los activos en función del precio de adquisición o de su coste de producción, cuando la aplicación de este método ofrezca una imagen falseada del patrimonio, de la situación financiera o de los resultados de la sociedad.

Sin embargo, añade, es necesario señalar que la infravaloración de activos en las cuentas de las sociedades no puede, por sí misma, constituir un «caso excepcional», en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Cuarta Directiva. En efecto, la posibilidad de que ciertos activos estén infravalorados en las cuentas de las sociedades, en el supuesto de que su valor de adquisición sea inferior a su valor real, no es sino el corolario necesario de la opción efectuada por el legislador de la Unión, en el artículo 32 de la Cuarta Directiva, en favor de un método de valoración en función del coste histórico de los activos, y no de su valor real.

Adicionalmente se indica que el Estado belga, en el momento de las transacciones de que se trata en el litigio principal, no había adoptado ninguna disposición facultativa en virtud de los artículos 2, apartado 5, o 33 de la Cuarta Directiva.

Llegados a este punto el TJCE concluye que el principio de imagen fiel establecido en el artículo 2, apartados 3 a 5, de la Cuarta Directiva no permite establecer una excepción al principio de valoración de los activos en función de su precio de adquisición o de su coste de producción, según se establece en el artículo 32 de dicha Directiva, en favor de una valoración en función de su valor real, cuando el precio de adquisición o el coste de producción de dichos activos sea manifiestamente inferior a su valor real.

3. Las inconsistencias de GIMLE y las cuestiones cruciales que el pronunciamiento deja abiertas

Los pocos trabajos que, hasta el momento, se han ocupado de analizar la Sentencia GIMLE y valorar sus resultados se han mostrado moderadamente elogiosos con la misma⁹. Ya sea por el corto lapso de tiempo transcurrido

9 Docclo, Caroline. GIMLE. Principle...op .cit. Dalton, Joe. Gimle's ECJ win prevents Belgium turning exempted capital gains into taxable profits. /En/ ITR Premium, 2013. E&Y Global Tax Alert. CJEU dismisses approach of Belgian tax authorities regarding accounting valuation of assets. /En/ <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--CJEU-dismisses-approach-of-Belgian-tax-authorities-regarding-accounting-valuation-of-assets> (última visita 16 de mayo de 2014).

desde su publicación o por el hecho de que los comentaristas estaban vinculados directa o indirectamente a la controversia en Bélgica como abogados de parte, lo cierto es que la doctrina aún no ha analizado críticamente el pronunciamiento siendo que, a mi parecer, la misma rompe en cierta medida con la línea jurisprudencial mantenida por el TJCE anteriormente además de dejar algunas cuestiones sin resolver. A estos dos problemas nos referimos a continuación.

3.1. GIMLE rompe con cierta línea jurisprudencial previa

Tratándose de una materia con tan escaso desarrollo jurisprudencial, como el que se ha producido en materia contable por parte del TJCE, es difícil detectar líneas jurisprudenciales claras tanto más cuanto los pronunciamientos del Tribunal han sido siempre incidentales al hilo de la contestación a cuestiones prejudiciales. Sin embargo, de los tres pronunciamientos (anteriores a GIMLE) del TJCE en la materia sí que se había extraído una cierta tendencia que se ha visto desmentida, aunque no de forma explícita, en la sentencia que ahora comentamos.

Es de sobra conocido que la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (IV Directiva en adelante) supuso un compromiso entre las tradiciones contables extraordinariamente diversas de los distintos Estados Miembros. Y el compromiso fundamental, sin el cual seguramente la Directiva nunca hubiera sido aprobada, consistió en formular unas reglas mínimas de contabilidad material sin aclarar, o más bien aclarando de forma deliberadamente ambigua, cuál era la finalidad básica de las cuentas anuales. En efecto, constituye casi un lugar común afirmar que las cuentas anuales pueden tener una finalidad esencialmente informativa respecto al patrimonio, resultados y situación financiera de la empresa o de protección de los acreedores frente a valoraciones demasiado optimistas de los gestores sociales. Y lo cierto es que la IV Directiva – afirmando por un lado que las cuentas anuales deberán ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad (artículo 2.3) e imponiendo la inaplicación de reglas que eventualmente puedan poner en entredicho esa finalidad (artículo 2.5) y estableciendo, por otro, el principio de prudencia como criterio de valoración e imputación temporal “en todos los casos”- no ayuda a resolver el problema sino que, más bien, constituye el origen del mismo¹⁰.

Lo que sí que es cierto es que los pronunciamientos del TJCE anteriores a GIMLE parecían inclinarse hacia una visión de este difícil equilibrio en el que la función informativa adquiría una especial relevancia con el consiguiente retroceso de las funciones de protección del capital social y de los intereses de los acreedores de la empresa.

En sus Sentencias de 14 de septiembre de 1999¹¹ y 7 de julio de 2003¹² el TJCE afirmó que el cumplimiento del principio de imagen fiel constituye el objetivo primordial de la Directiva, llegando incluso en la primera de dichas sentencias a justificar la inaplicación del principio de valoración separada contenido en el artículo 31.1.e) de la

10 Sobre esta contradicción en la Directiva y en el Derecho Contable español: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables...op. cit.* p. 101-116. Zornoza Pérez, Juan José; Báez Moreno, Andrés. *Modelos comparados de relación entre normas contables y normas fiscales en la imposición sobre el beneficio de las empresas.* /En/ El impuesto sobre la renta y complementarios (Edit. Julio Roberto Piza Rodríguez y Pedro Enrique Sarmiento Pérez). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010, p. 442-448.

11 C-275/97 DE+ES *Bauunternehmung*, par. 26.

12 C-306/99 BIAQ, par. 72.

Tratándose de una materia con tan escaso desarrollo jurisprudencial, como el que se ha producido en materia contable por parte del TJCE, es difícil detectar líneas jurisprudenciales claras tanto más cuanto los pronunciamientos del Tribunal han sido siempre incidentales al hilo de la contestación a cuestiones prejudiciales

Directiva mediante la dotación de provisiones globales sobre riesgos y gastos¹³. Sin embargo, quizás no convenga exagerar la relevancia de estos pronunciamientos respecto de la solución del conflicto que aquí nos ocupa, en la medida en que en ambas sentencias la decisión final del TJCE apuntó precisamente a la necesidad de dotar provisiones para riesgos y gastos en situaciones cuya procedencia la Directiva no terminaba de aclarar. En definitiva, por mucho que el TJCE atribuyera al principio de imagen fiel una finalidad preeminente, lo cierto es que el resultado de su aplicación fue precisamente la dotación de provisiones para riesgos y gastos que constituyen,

como es bien sabido, uno de los instrumentos contables fundamentales para hacer realidad las exigencias del principio de prudencia.

Es en su Sentencia de 27 de junio de 1996¹⁴, sin embargo, donde el TJCE opta con mayor claridad por la función puramente informativa de las cuentas anuales en claro detrimento de la opción que hubiera resultado aplicable de haberse dirimido la controversia mediante la simple asunción de una interpretación prudente.

El supuesto resulta, en una primera aproximación, bastante sencillo. La sociedad *Gebrüder von der Wettern GmbH* poseía el 100 % de las participaciones en las sociedades *Technische Sicherheitssystem GmbH* y *Gesellschaft für Bauwerksabdichtungen mbH*. Las cuentas anuales de las sociedades participadas se aprobaron el 29 de junio de 1990 (para el ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1989) y de ellas se desprendería que a la participante le correspondían determinados dividendos, que aún no le habían sido abonados. Por su parte *Gebrüder von der Wettern GmbH* no reflejó en sus cuentas anuales del ejercicio de 1989 los dividendos que respecto a ese ejercicio le correspondían por su participación en las sociedades citadas. Waltraud Tomberger, socia de *Gebrüder von der Wettern GmbH*, solicitó a los Tribunales ordinarios alemanes la anulación de las cuentas anuales de la participante sobre la base de que, a su juicio, la inclusión de los dividendos derivados de los beneficios de las sociedades dominadas en 1989, en las cuentas anuales de la sociedad dominante de ese mismo ejercicio, era obligatoria. Tras ser rechazada la demanda en primera instancia, el asunto llegó al *Bundesgerichtshof* que, aun entendiendo la necesidad de una inclusión contemporánea de los beneficios en las cuentas anuales de la participante y la participada, prefirió plantear cuestión prejudicial, por si dicha inclusión contemporánea pudiera entenderse contraria al principio de prudencia en su vertiente de realización.

El Tribunal de Justicia, con una argumentación no excesivamente elaborada, y sobre la base de los principios de imagen verdadera y fiel, de devengo y de prudencia, entendió que la inclusión contemporánea de los beneficios en las cuentas anuales de las participadas y la participante, no vulneraba la IV Directiva, sobre la base además de que la sociedad filial "asignó" los beneficios a la matriz el 31 de diciembre de 1989. Sin embargo, la inclusión contemporánea se condiciona, precisamente, al cumplimiento de todas las circunstancias particulares del caso:

13 Más detalles sobre este pronunciamiento en: BÁEZ MORENO, Andrés; CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *La armonización contable...* op. cit. p. 133-135.

14 C-234/94, Tomberger.

1) Que una sociedad (la sociedad matriz) sea el único socio de otra (la filial) y la domine; 2) Que según el Derecho nacional, la sociedad matriz y la filial formen parte de un grupo; 3) Que los ejercicios de ambas sociedades coincidan; 4) Que las cuentas anuales de la filial hayan sido aprobadas antes de que haya concluido la verificación de las cuentas anuales de la sociedad matriz para ese mismo ejercicio; 5) Que de las cuentas anuales de la filial resulte que, a la fecha de cierre del balance, ésta había asignado beneficios a la matriz; 6) El juez nacional se haya cerciorado de que las cuentas anuales de la filial ofrecen una imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de sus resultados.

Creemos que la importancia (contable y fiscal) de la sentencia *Tomberger* trasciende con mucho el ámbito de la discrepancia particular que se planteaba en el supuesto. El caso surge a partir de una duda interpretativa, en el sentido de si la realización de los ingresos financieros correspondientes debía entenderse producida, desde una perspectiva jurídico-formal, como propuso el Abogado General Giuseppe Tesauro¹⁵, en el momento en que existiera una propuesta de reparto del beneficio y postergando la inclusión de los dividendos en las cuentas anuales de la sociedad dominante al siguiente ejercicio o si, por el contrario, el control ejercido por la dominante imponía una inclusión contemporánea en las cuentas anuales de la dominante y de la dominada. El hecho de que el TJUE se pronunciara a favor de esta segunda opción puede tener una importancia extraordinaria, en la medida en que los criterios de imputación temporal de los componentes positivos de renta, tanto a efectos contables como fiscales, no son claros en la mayor parte de las ocasiones, pues la normativa se limita a establecer, en términos genéricos, el principio de realización que, como ya hemos tenido ocasión de señalar en otras ocasiones¹⁶, constituye un concepto esencialmente indeterminado. Y, en este punto, el TJUE facilita una aproximación sustancialista al principio de realización, que prescinda de minucias de carácter jurídico-formal y considere los hechos reales del caso.

Como puede entenderse fácilmente la Sentencia GIMLE no parece encajar en esta línea jurisprudencial pues este último pronunciamiento supone una clara apuesta por la lectura más formalista y prudente de la Directiva. Y, o bien el TJCE consigue demostrar que de todas las manifestaciones del principio de prudencia es el criterio de valoración a coste histórico la más relevante e incontestable –algo que en la Sentencia GIMLE ni siquiera se intuye¹⁷– o no habría más remedio que reconocer que la dimensión e importancia que se concede a dicho principio (y a la finalidad de protección del Balance) en dicha sentencia es infinitamente superior a la que al mismo se concedió en la Sentencia *Tomberger*.

15 En este sentido se pronunció el Abogado General en numerosos puntos de sus conclusiones generales: *"El fundamento del crédito de la sociedad dominante es, precisamente, el acuerdo de distribución de dividendos. Este acuerdo sólo podrá adoptarse después de la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad dominada. Antes de este momento no existe seguridad sobre la existencia y cuantía del beneficio [...]"* (punto 15); *"En este caso es cierto que el control que la sociedad dominante ejerce sobre la dominada puede llevar a pensar que la aplicación del beneficio (reparto de dividendo) es segura, en la medida en que depende de la voluntad de la sociedad dominante. [...] Independientemente de las relaciones de participación, las sociedades dominante y dominada siguen siendo dos personas jurídicas independientes, y de igual manera sus contabilidades deben llevarse de forma separada. La visión según la cual el beneficio de la sociedad dominada en un determinado ejercicio puede incluirse en las cuentas anuales de la sociedad dominante antes de que exista un acuerdo de distribución en sentido jurídico formal, llevaría a considerar de forma automática y directa cualquier beneficio de la dominada como beneficio de la dominante y ello es imposible pues se trata de personas jurídicas distintas y las cuentas anuales litigiosas no son consolidadas."* (punto 16). *"Lo que resulta imposible es imputar los beneficios realizados en la sociedad dominada en el mismo periodo a la sociedad dominante; a ello se oponen, a mi juicio, el principio de prudencia y el principio de devengo."* (par. 21).

16 Báez Moreno, Andrés. El principio de reserva de ley tributaria y la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Una reflexión sobre la inconstitucionalidad del artículo 10.3 TRLIS. /En/ Cívitas. Revista Española de Derecho Financiero, nº 128, 2005, p. 872-885.

17 La Sentencia GIMLE (par. 32) establece: *"El Tribunal de Justicia ya ha precisado que la aplicación del principio de imagen fiel debe guiarse, en la medida de lo posible, por los principios generales contenidos en el artículo 31 de la Cuarta Directiva, entre los cuales el principio de prudencia enunciado en el artículo 31, apartado 1, letra c), de la Directiva tiene particular importancia"*. La versión en inglés de la Sentencia se refiere sin embargo a las valoraciones prudentes y no al principio de prudencia en general.

Y sin tomar partido por ninguna de las dos líneas jurisprudenciales descritas conviene poner de manifiesto que el cambio de parecer del TJCE parece poco alineado con el estado actual de evolución del Derecho Contable europeo. En efecto, la Sentencia Tomberger se dictó en un momento en el que el fenómeno de internacionalización de la contabilidad ni siquiera podía intuirse en Europa. Dicho proceso se pone en marcha en el año 2000 desembocando en la aprobación del Reglamento 1606/2002 del Parlamento y del Consejo de 19 de julio de ese mismo año (en adelante Reglamento-NIC), que estableció, en su artículo 4, que, a partir de 1 de enero de 2005, las sociedades que se rijan por la ley de un Estado Miembro, deben elaborar sus cuentas consolidadas conforme a las normas internacionales de contabilidad si, en la fecha de cierre del balance, sus valores han sido admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado Miembro. El artículo 5 del mismo Reglamento concede a los Estados Miembros la facultad de imponer o permitir la elaboración de las cuentas consolidadas de grupos no cotizados y de las cuentas individuales conforme a esas mismas normas. Por otra parte, fruto del segundo objetivo fijado en la Comunicación de junio de 2000, son las Directivas 2001/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 86/635/CEE en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad, así como de los bancos y otras entidades financieras (en adelante Directiva-*fair value*)¹⁸ y 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2003 por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de grupo (en adelante Directiva de modernización)¹⁹. Al margen de determinadas cuestiones de detalle, de las que nos hemos ocupado en otros trabajos, lo cierto es que si por algo se caracteriza ese fenómeno de internacionalización es por la relajación paulatina de la función de protección del Derecho Contable (y del principio de prudencia) en pos de una convergencia, quizás no total pero sí relevante, con los sistemas contables de origen anglosajón de finalidad esencialmente informativa. Por ese motivo parece muy difícil de explicar cómo, partiendo de una Directiva tradicional, el TJCE se pronuncia a favor de un entendimiento sustancialista de los principios contables (sentencia *Tomberger*) mientras que, en un contexto de convergencia internacional, el TJCE opta por la posición más tradicional y apegada a las finalidades tradicionales del Balance²⁰.

Más allá de cuál de estas dos líneas jurisprudenciales pueda imponerse en el futuro, algo que tratándose del TJCE es difícil de vaticinar, sólo queremos poner de manifiesto, sin que ello constituya necesariamente algo negativo, que GIMLE supone un cambio radical en la aproximación del TJCE al Derecho contable armonizado particularmente por lo que se refiere al conflicto de finalidades ya descrito.

18 Esta reforma introduce en las Directivas de Balances la posibilidad de valorar determinados activos (instrumentos financieros) por su valor razonable, superando así el tradicional y exclusivo apego de las Directivas Europeas al criterio del coste histórico.

19 La "Directiva de modernización" pretende objetivos más amplios. En su intención de aproximar las Directivas de Balances al acervo NIC/NIIF, acerca el concepto de provisión para riesgos y gastos a su regulación en la contabilidad internacional y extiende el criterio del valor razonable a activos distintos de los instrumentos financieros. Sobre la Directiva de modernización con mayor detalle: Sanz Gadea, Eduardo. *Ley 62/2003. Impuesto sobre Sociedades (I). La reforma contable y el Impuesto sobre Sociedades.* /En/ Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, nº 251, 2004, 88-89.

20 Podría pensarse que la controversia de origen se remonta a 1998 por mucho que la Sentencia GIMLE se dictase en 2013 y que, por lo tanto, la internacionalización de la contabilidad europea ni siquiera había dado comienzo. No obstante conviene tener en cuenta que el TJCE, particularmente en su Sentencia BIAO, ya tuvo en cuenta que las NIC/NIIF en una controversia originada en 1999 señalando (par. 118): "... esta valoración corresponde al Derecho nacional, leído en su caso, a la luz de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) vigentes en el momento en que se produjeron los hechos del procedimiento principal, siempre que se respeten plenamente los principios generales enunciados por dicha Directiva". Este deslizamiento de las NIC/NIIF puede desde luego criticarse, como hemos hecho en anteriores ocasiones (BÁEZ MORENO, Andrés; CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *La armonización contable...* op. cit. p. 145-155); pero lo que desde luego parece claro es que el TJCE no se ha visto constreñido en otras ocasiones, a la hora de resolver la disyuntiva que describimos, por la versión de la Directiva vigente en el momento de producirse los hechos.

3.2. GIMLE deja algunas cuestiones sin resolver y abre nuevos interrogantes

Desde luego no puede decirse que la Sentencia *GIMLE* no se haya manifestado de forma rotunda en relación con determinadas cuestiones centrales del Derecho Contable europeo. En este sentido, y por primera vez, el Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual inaplicación de una regla contable por imposición del principio de imagen fiel (el conocido como *true and fair view override*, *TFO* en adelante). Y si bien el TJCE ha afirmado con total rotundidad que la mera infravaloración de determinados activos respecto a su valor de mercado en las cuentas anuales no constituye un supuesto excepcional que permita inaplicar la regla de valoración a coste histórico por imposición de imagen fiel, lo cierto es que, tanto la forma de llegar a esta conclusión como algunas otras afirmaciones realizadas al hilo de la misma han abierto más interrogantes que problemas han resuelto. En la medida en que la respuesta a dichos interrogantes resulta crucial de cara a conocer los efectos que en el ordenamiento contable de los Estados Miembros (y de España en particular) pueda desplegar la sentencia *GIMLE* nos detendremos, siquiera sea de forma somera, en estas cuestiones.

3.2.1. ¿Un principio de imagen fiel con efectos exclusivamente informativos?

El TJCE se ha pronunciado con absoluta rotundidad admitiendo lo obvio y es que la Directiva Europea de Balances ha optado, en términos generales, por un modelo de valoración a coste histórico lo que implica, como no podría ser de otra forma, la eventual discrepancia entre el valor en libros del activo y su valor de mercado (o valor real como refiere la Sentencia). Adicionalmente señala el TJCE que esta infravaloración es coherente y exigible, de acuerdo con el principio de prudencia pues una valoración a valor de mercado con efecto en resultados implicaría la afluencia de una plusvalía no realizada en la cuenta de pérdidas y ganancias. Formulada en estos términos, y como antes indicamos, la respuesta del TJCE no podía ser distinta. Sin embargo, creemos que, al elaborar su pronunciamiento, el Tribunal ha perdido de vista una de las circunstancias básicas que incidieron en el precio de adquisición pagado por *GIMLE* para la compra de las acciones de la sociedad sueca *TV-Shop Europe AB*.

En efecto, y conforme a los hechos ya descritos anteriormente, la enorme discrepancia entre el valor en libros (precio de adquisición) y el valor de mercado de las acciones de *TV-Shop Europe AB* (superior en un 3400%), no se generó por la lógica y habitual volatilidad de los precios de mercado de determinados activos que, como el TJCE indica con acierto, no pueden tenerse en cuenta, como regla general (al menos cuando el valor de mercado es superior al coste histórico) en un sistema contable regido por las exigencias del principio de prudencia. Antes al contrario, el hecho de que una compañía (*GIMLE*) adquiriera unas acciones pagando 100 unidades monetarias por acción para venderlas, tan solo un mes después, por 340.000 unidades monetarias por acción sólo se explica por las muy especiales condiciones de la operación, señaladamente por las relaciones particulares entre el vendedor, el comprador y la entidad cuyas participaciones se negociaban. En efecto *GIMLE* pertenece a dos personas físicas residentes en el Reino Unido una de las cuales es a su vez socio (se ignora en qué porcentaje) de *TV-Shop Europe AB* (entidad residente en Suecia) cuyas acciones son precisamente las adquiridas y posteriormente transmitidas por *GIMLE* a *Electronic Retailing AB*, sociedad también residente en Suecia y, entendemos por los hechos del caso, no vinculada con los contribuyentes antes mencionados. En definitiva, sólo a partir de la evidente vinculación de las partes intervinientes en el negocio (la persona física que vende, la persona jurídica que compra e inmediatamente después vende y quizás, aunque en menor medida, de la persona jurídica cuyas participaciones se compran y se venden) puede entenderse que los socios de *GIMLE* estuvieran dispuestos a vender un activo por un precio que, en apenas un mes, generaría una plusvalía del 3.400%. Aunque ni en la Sentencia ni en el planteamiento de la

cuestión prejudicial se haga referencia a este extremo, lo cierto es que toda la evidencia apunta a que la razón del precio anormalmente bajo fijado en la adquisición de las acciones por GIMLE obedecía al deseo de localizar la plusvalía latente en las acciones en una sociedad residente en Bélgica para aprovechar la exención establecida en aquel país para las ganancias de capital generadas en la transmisión. De ese modo aunque, insistimos, este es un extremo que se desconoce, la plusvalía que hubiera aflorado en las personas físicas transmitentes en el Reino Unido se traslada a Bélgica y pasa a resultar exenta.

Como puede deducirse con claridad, el TJCE comete un grave error o, al menos, se pronuncia de forma imprecisa cuando, de cara a analizar la eventual inaplicación de reglas contables por imagen fiel, identifica el “caso excepcional” que habilita tal inaplicación con el hecho de que determinados activos estén infravalorados en las cuentas anuales. En efecto, el caso excepcional que eventualmente podría justificar la inaplicación del principio de coste histórico, y que el TJCE debería haber analizado, no debe identificarse con el hecho de que el valor en libros de un activo sea inferior al valor de mercado del mismo (una circunstancia perfectamente común en la contabilidad europea) sino que la anormal desproporción entre ambos valores obedezca precisamente a la vinculación entre el vendedor y el comprador de las acciones. En definitiva, el TJCE no se pronuncia sobre si el fenómeno de los precios de transferencia en casos de vinculación deber ser corregido a efectos contables recurriendo a la inaplicación de la regla del coste histórico como consecuencia del principio de imagen fiel. Y si bien esta falta de pronunciamiento puede tener su origen en un defectuoso planteamiento de la cuestión prejudicial²¹, lo cierto es que la categórica y poco matizada respuesta del TJCE, en el sentido de que no es posible inaplicar la regla referida a la valoración a coste histórico, no deja de plantear importantes interrogantes.

En primer lugar y teniendo en cuenta que, en otros pronunciamientos, el TJCE ha admitido derogaciones singulares de normas contables por aplicación del principio de imagen fiel, no se termina de saber si lo que el TJCE plantea es una suerte de principio de imagen fiel de dos velocidades. En efecto, en su Sentencia en el caso DE+ES, el TJCE no tuvo problema alguno para inaplicar el principio de valoración separada, recogido en el artículo 31.1.e) de la Directiva, al permitir la dotación de una provisión global por riesgos, aduciendo la concurrencia de un “caso excepcional” que identifica con el hecho de que la dotación de provisiones individualizadas podría distorsionar la imagen fiel. Sin perjuicio de que la concurrencia de un caso excepcional en el caso DE+ES no termine de quedar muy clara, lo cierto es que cuando de lo que se trata es de inaplicar el principio de coste histórico o, en términos generales el de prudencia, el TJCE parece cerrado a admitir la existencia de circunstancia excepcional alguna que justifique la inaplicación. En todo caso, este doble rasero, a la hora de aplicar el principio de imagen fiel, resultaría extraordinariamente difícil de conciliar con el texto de los artículos 2(5) y 31(2) de la Directiva que no hacen distingo respecto a las reglas y principios contables cuya inaplicación puede eventualmente justificar el principio de imagen fiel.

Pudiera pensarse, por otro lado, que el TJCE ha abandonado su jurisprudencia anterior restringiendo extraordinariamente los casos particulares que permiten inaplicar una regla o principio contable lo que, en la práctica, equivale a confinar los efectos del principio de imagen fiel a la memoria. Esta interpretación se dejaría

21 En efecto el planteamiento de la cuestión por el Tribunal de Casación Belga no mencionaba en ningún momento el hecho de que el vendedor y el comprador se encontraran vinculados por relaciones de participación; para ello basta comprobar el texto de la cuestión: “¿Debe interpretarse el artículo 2, [apartados] 3, 4 y 5, de la [Cuarta] Directiva [...] en el sentido de que se limita a prever la inclusión de información complementaria en la memoria de las cuentas anuales, sino que exige, cuando el precio de adquisición no se corresponde manifiestamente con el valor real de los bienes de que se trata, ofreciendo así una imagen falseada del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, introducir una excepción al principio de la contabilización de los activos al precio de adquisición y contabilizarlos inmediatamente a su valor de venta si éste resulta ser su valor real?”

entrevé, de hecho, en algunas afirmaciones contenidas en la sentencia como por ejemplo cuando, en su párrafo 41 se afirma: *"La Comisión subraya, también con fundamento, que una sociedad que tiene la certeza de obtener un beneficio considerable en razón de acuerdos alcanzados en relación con la futura reventa de un activo está obligada, en aplicación del artículo 2, apartado 4, de esta Directiva, a facilitar información complementaria a este respecto"*. Y esta interpretación estaría, por cierto, en línea con la posición defendida tradicionalmente por la doctrina alemana (e incorporada a su legislación interna como trasposición de la Directiva) en el sentido de que el principio de imagen fiel no despliega consecuencia alguna para el patrimonio y los resultados de la empresa sino que obliga exclusivamente a informar adecuadamente en la memoria²². Y lo cierto es que si bien dicha tesis parece difícil de reconciliar con el hecho de que la Directiva haya contemplado en dos preceptos distintos –nos referimos a los artículos 2(3) y 2(5)– los efectos que sobre la memoria, de un lado, y sobre el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de otro, pueda desplegar la aplicación de la imagen fiel²³, bien podría entenderse que la Sentencia GIMLE constituye la consagración definitiva de esta tesis al más alto nivel jurisprudencial²⁴.

En resumidas cuentas la negativa del TJCE a determinar si la vinculación entre comprador y vendedor constituye o no un caso excepcional que permita inaplicar el principio del coste histórico o la interpretación de su silencio en el sentido de que la imagen fiel en ningún caso puede afectar a las reglas básicas de valoración (más allá del nivel informativo) han generado enormes dudas sobre la eficacia práctica de ese principio. Unas dudas notables que, como veremos, dificultan seriamente la determinación de los efectos que el pronunciamiento deba desplegar en los ordenamientos internos de los Estados Miembros.

3.2.2. ¿Un principio de imagen fiel que requiere habilitación normativa expresa?

La Sentencia GIMLE realiza una afirmación, en su párrafo 41, que por su especial trascendencia conviene reproducir literalmente:

"...la Comisión señala fundadamente que el Estado belga, en el momento de las transacciones de que se trata en el litigio principal, no había adoptado ninguna disposición facultativa en virtud de los artículos 2, apartado 5, o 33 de la Cuarta Directiva".

Esta afirmación comporta en primer lugar una total confusión entre las dos disposiciones a las que se refiere, equiparando la inaplicación del principio de coste histórico prevista en cada una de ellas. En efecto, es cierto que el artículo 33 de la Directiva habilita a los Estados Miembros (mediando en todo caso una declaración formal) para aplicar métodos alternativos al del coste histórico. Sin embargo, ni esa inaplicación debe estar

22 Sobre esta tesis, conocida en Alemania como la teoría de la desconexión (*Abkoppelungsthese*), puede verse recientemente, aunque la doctrina es inabarcable: Alexander, David; Eberhartinger, Eva. *The True and Fair View in the European Union*. /En/ *European Accounting Review*, Vol. 18, No. 3, 2009, p. 576-582. En español: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables... op. cit.* p. 404-415.

23 De hecho algunos sectores de la doctrina han entendido que la tesis alemana del desacoplamiento es contraria a la IV Directiva: Alexander, David. *A European True and Fair view?* /En/ *European Accounting Review*, 1993, 1, p. 288. Alexander, David; Eberhartinger, Eva. *The True and Fair View... op. cit.* p. 584. No obstante tampoco esta opinión es unánime en la doctrina: Aisbitt, Sally; Nobes, Christopher. *The true and fair view requirement in recent national implementations*. /En/ *Accounting and Business Research*, Vol. 31, nº 2, 2001, p. 86.

24 Como gran parte de la doctrina alemana entendió que la Sentencia Tomberger suponía la desautorización de esta tesis. En este sentido ver la doctrina citada en: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables... op. cit.* p. 407.

El TJCE comete un grave error o, al menos, se pronuncia de forma imprecisa cuando, de cara a analizar la eventual inaplicación de reglas contables por imagen fiel, identifica el "caso excepcional" que habilita tal inaplicación con el hecho de que determinados activos estén infravalorados en las cuentas anuales

fundada en las exigencias del principio de imagen fiel²⁵, ni las diferencias de valor afloradas como consecuencia del método alternativo elegido lucirán en la cuenta de pérdidas y ganancias. En efecto el artículo 33.2 de la Directiva dispone que el importe de las diferencias entre la valoración hecha sobre la base del método utilizado y la valoración hecha según la regla general del artículo 32, deberá reflejarse en el pasivo en la partida "Reserva de revaluación". De ese modo parece de todo punto evidente que la inaplicación del coste histórico previsto en el artículo 33 de la Directiva, ni por su presupuesto de aplicación (no está condicionado a ninguna circunstancia y

requiere decisión formal del Estado Miembro) ni por su consecuencia jurídica, pueden situarse en pie de igualdad con la inaplicación que se deriva del principio de imagen fiel.

Y, en el mismo sentido, el artículo 2(5) de la Directiva, al margen de tener un presupuesto de hecho distinto y de poder desplegar efectos sobre el resultado del ejercicio, no condiciona su aplicación a disposición facultativa alguna de los Estados Miembros²⁶. En efecto de la propia formulación del artículo 2(5) no parece derivarse otra cosa pero es que además el propio precepto señala, en términos fácilmente interpretables, que "...los Estados miembros podrán precisar los casos excepcionales y establecer el régimen de inaplicación correspondiente". Y si bien es cierto que la citada disposición ha generado cierta polémica en el ámbito del Derecho Europeo de Balances, a raíz sobre todo de los comentarios vertidos por la Comisión en su Comunicación Interpretativa sobre la IV y VII Directivas²⁷, lo que parece fuera de toda discusión es que también en ausencia de una norma nacional que precise los casos excepcionales que permiten la inaplicación de disposiciones contables existe un deber de inaplicar preceptos contables concretos cuando pueda estar comprometido el cumplimiento del principio de imagen fiel. Una conclusión distinta llevaría, necesariamente, a dejar en manos de los Estados Miembros el cumplimiento de la que se dice finalidad esencial de la Directiva comprometiéndola, hasta hacerla irreconocible, la esencia misma de la armonización de las cuentas que la Directiva pretende encarnar.

25 Una de las prácticas que podría encontrar amparo en el artículo 33 de la Directiva son precisamente la actualizaciones de balances que, de forma recurrente, se han llevado a cabo en España.

26 Conviene resaltar además que mientras que el artículo 33 exige una declaración formal ante la Comisión no ocurre lo mismo en el artículo 2(5) del que nos ocupamos ahora.

27 El 7 de enero de 1998 la Comisión adoptó una comunicación interpretativa relativa a determinados artículos de la Cuarta y la Séptima Directivas del Consejo relativas a las cuentas de sociedades [Diario Oficial C 16 de 20.1.1998] señalando que ha señalado expresamente que, tal como establece la última frase del apartado 5 del artículo 2, los Estados miembros podrán determinar cuáles son estos casos excepcionales (se refiere a la inaplicación de reglas contables, que ya hemos estudiado) y fijar las correspondientes normas especiales. No obstante, continua señalando que en aras de la armonización, los Estados miembros no podrán ampararse en la última frase del apartado 5 del artículo 2 para establecer una norma contable de carácter general que sea contraria a las disposiciones de la Directiva, ni para crear opciones que permitan tratamientos contables que no se ajusten a la Directiva.

4. Las eventuales consecuencias de la Sentencia GIMLE para el ordenamiento contable español. La Norma de Valoración para operaciones entre empresas del grupo y el Principio Contable de prevalencia del fondo sobre la forma

Como no podía ser de otra manera, y al igual que ocurre con todas las Sentencias del TJCE, el ordenamiento jurídico español debe interpretarse de acuerdo con el Derecho Comunitario originario y derivado y particularmente con la interpretación que de la IV Directiva realiza el Tribunal. Este deber de interpretación conforme es de tan largo alcance que cualquier disposición o práctica española que pudiera comprometer la posición sostenida por el TJCE debe ser descartada (la norma derogada y la práctica desechada) de manera inmediata. Aún es pronto para conocer los efectos que la decisión puede tener en los ordenamientos contables de los Estados Miembros pues, además, su imprecisión no ayuda a conocer en profundidad qué es exactamente lo que la Sentencia requiere. No obstante en este epígrafe nos centramos en una de las reglas contables españolas que, con toda seguridad, requiere un análisis pormenorizado. Por otro lado nos referimos también a una práctica administrativa, cada vez más extendida, en la Administración Española y a la que, creemos, la Sentencia GIMLE puede afectar de lleno.

4.1. La Norma de Valoración 21ª del Plan General Contabilidad. Las normas contables para operaciones entre empresas del grupo

Una de las grandes novedades del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 20 de noviembre (PGC 2007, en adelante) fue precisamente la introducción de una norma de valoración específica referida a las operaciones entre empresas del grupo. Más allá de las cuestiones de detalle y las notables dudas interpretativas que plantea la vigente Norma de Valoración 21ª²⁸, lo cierto es que la misma impone la valoración por valor razonable de las transacciones entre empresas del grupo imponiendo, además, la calificación de la diferencia entre dicho valor y el valor convenido por las partes de acuerdo con la realidad económica de la operación.

La incompatibilidad de esta nueva norma contable con la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia GIMLE parece evidente a todas luces. Una norma que impone, más allá de las menciones en la memoria, la valoración de determinadas operaciones intragrupo a valor razonable (de mercado) con efecto en resultados difícilmente podrá convivir con algunas de las afirmaciones categóricas que el TJCE ha realizado en la Sentencia que se comenta. Aun cuando ese es precisamente el sentido que se deriva de la sentencia en términos generales quizás convenga rescatar, una vez más, el fundamento jurídico que cierra la sentencia y conforme al cual:

“Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el principio de imagen fiel establecido en el artículo 2, apartados 3 a 5, de la Cuarta Directiva no permite establecer una excepción al principio de valoración de los activos en función de su precio de adquisición o de su coste de producción, según se establece en el artículo 32 de dicha Directiva, en favor de una valoración en función de su valor real, cuando el precio de

28 De las que por cierto existen concienzudos análisis comparando la norma contable con el régimen fiscal de operaciones vinculadas: Trapé Viladomat, Montserrat. *Ajustes valorativos y normas de contabilidad*. /En/ Fiscalidad de las operaciones vinculadas (dir. Néstor Carmona Fernández). Valencia: CISS, 2009, p. 102-122. Sanz Gadea, Eduardo. *Contabilización de las operaciones vinculadas y su relación con la regulación fiscal*. /En/ Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas) (Dir. Teodoro Cordón Ezquerro). Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010, p. 247-299. Sanz Gadea, Eduardo. *Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma*. /En/ El régimen tributario de las operaciones vinculadas. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2013, p. 53-63. Luque Delgado, Eduardo. *Las divergencias de la normativa contable y la tributaria en la regulación de las operaciones vinculadas*. /En/ El régimen tributario de las operaciones vinculadas. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2013, p. 103-117.

adquisición o el coste de producción de dichos activos sea manifiestamente inferior a su valor real" (Sentencia GIMLE par. 42).

Aunque tal vez no hubieran estado de más, como ya tuvimos ocasión de señalar en un epígrafe anterior, el TJCE no realiza mayores precisiones ni modula los efectos de esta afirmación. Y no puede entenderse, creemos, que el TJCE no estuviera teniendo en cuenta que la diferencia entre el valor convenido (precio histórico) y el valor de mercado (valor real *sic*) tuvieran su origen en las especiales relaciones de vinculación entre los intervinientes en la operación porque, precisamente, este fue el origen de la controversia en Bélgica, un extremo que, aunque quizás no se hiciera del todo patente en el planteamiento de la cuestión, era conocido por el TJCE como se deriva con absoluta claridad de la información recogida en los párrafos 6 a 18 de la propia sentencia.

Tampoco parece que el hecho de que la valoración a valor razonable de operaciones vinculadas venga impuesta por una norma de carácter general y no sea el fruto, como en el caso belga, de aplicación directa del principio de imagen fiel pueda alterar la anterior conclusión. En efecto, y así lo hace notar el Tribunal en la Sentencia, el artículo 2(5) de la Directiva habilita a los Estados Miembros para *precisar los casos excepcionales y establecer el régimen de inaplicación correspondiente*. Pero en ningún caso esa habilitación constituye una carta blanca para que los Estados Miembros definan los casos excepcionales al margen de la propia Directiva y de la interpretación que de la misma ha dado el TJCE particularmente en un caso respecto del que el Tribunal se ha pronunciado con total rotundidad en el sentido de que *la infravaloración de activos en las cuentas de las sociedades no puede, por sí misma, constituir un «caso excepcional», en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Cuarta Directiva*. Aunque no se diga en la Sentencia es evidente que una interpretación en sentido distinto comprometería la propia esencia armonizadora de la Directiva al margen de cuestionar muy seriamente el carácter vinculante de la jurisprudencia del propio Tribunal.

En este contexto parece bastante evidente que al legislador español no le queda otro remedio que adaptar el ordenamiento interno a la citada jurisprudencia lo que pasaría, irremediamente, por la derogación de la Norma de Valoración 21ª del PGC 2007 cuya salvación, mediante una interpretación conforme al ordenamiento comunitario (a la sentencia GIMLE en particular) parece de todo punto imposible²⁹. Obviamente esta adaptación no debería afectar a la información referida a las operaciones con partes vinculadas que la mención 23 de la Memoria debe contener de acuerdo con la Tercera Parte del PGC 2007. En efecto, el hecho de que no proceda la inaplicación de la regla de coste histórico no implica relevar a la empresa del deber de informar debidamente de determinados extremos en relación con las operaciones vinculadas que pueda desarrollar, como de hecho, reconoce el TJCE en la propia sentencia (par. 41) cuando afirma: *"La Comisión subraya, también con fundamento, que una sociedad que tiene la certeza de obtener un beneficio considerable en razón de acuerdos alcanzados en relación con la futura reventa de un activo está obligada, en aplicación del artículo 2, apartado 4, de esta Directiva, a facilitar información complementaria a este respecto"*.

4.2. La prevalencia del fondo sobre la forma y las exigencias del principio de prudencia

El proceso de reforma contable acometido en los últimos años y que ha cristalizado en España, de un lado, en la Ley 16/2007, de adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE (Ley 16/2007 en adelante) y, de otro, en el Real Decreto 1514/2007, de 16

²⁹ Como de hecho, el regulador contable belga ha hecho ya en relación con su opinión 126/17 que sustentaba la valoración contable a valor de mercado de determinadas operaciones entre partes vinculadas.

de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC 2007 en adelante) ha supuesto un cambio normativo de primer orden, tanto a nivel estrictamente contable como fiscal. Sin embargo, la doctrina, y particularmente la doctrina tributarista, ha prestado una enorme atención al nuevo artículo 34.2 del Código de Comercio, conforme al cual, *las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.*

Más allá de la polémica en torno a si tal principio encarna o no una novedad en la normativa contable respecto a lo que ya podía deducirse del principio de imagen fiel vigente en la anterior regulación contable³⁰, lo cierto es que, al margen de otras posible consecuencias, el *principio de prevalencia del fondo sobre la forma* podría interpretarse como un mandato de flexibilizar la aplicación de las normas contables cuando de ellas pueda derivarse un resultado, que por estar demasiado vinculado a las exigencias de prudencia y el formalismo que al mismo suele anudarse, se pueda ver comprometida la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

La prueba más evidente de esta interpretación y de la continuidad a este respecto del PGC de 2008 respecto de su inmediato antecesor es la posición sostenida por el ICAC, vigente el PGC de 1990, respecto de la valoración contable de las operaciones intragrupo. En efecto, en dos contestaciones a consultas³¹ y en una nota publicada en 2005, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sostuvo que, como consecuencia de la necesaria prevalencia del fondo sobre la forma, las operaciones entre empresas del grupo podían valorarse por su valor normal de mercado. Para ilustrar esta posición lo mejor quizás sea reproducir las propias palabras del ICAC en la nota publicada en el BOICAC nº 61 de marzo de 2005 cuando se afirma:

*“Un aspecto que debe ser objeto de especial análisis en las operaciones entre empresas del grupo, precisamente por la ausencia de intereses contrapuestos, es el relativo a las valoraciones otorgadas, siendo necesario analizar **si existe un valor fiable del importe que podría haber sido acordado entre partes interesadas en condiciones de independencia mutua**, entendiéndose por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en caso contrario, el derivado de aplicar modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.*

*En este sentido, **de existir el citado valor fiable, en la medida en que el precio acordado difiriera del mismo, deberá tenerse en consideración la naturaleza económica híbrida que este hecho pondría de manifiesto** (como expresa materialización del fondo económico de las operaciones), lo que es determinante a la hora de proceder a otorgar su adecuado tratamiento contable (por ejemplo, podría poner de manifiesto la existencia de donaciones entre las empresas o reparto de dividendos).*

30 En efecto la continuidad a este respecto entre las dos normativas contables se ha insinuado frecuentemente en la doctrina aunque rara vez se desarrolla más allá de afirmar que el principio ya se encontraba implícito en el postulado de la imagen fiel: Sanz Gadea, Eduardo. *La reforma de la Contabilidad y el Impuesto sobre Sociedades*. /En/ Noticias de la Unión Europea, nº 286, 2008, p. 105. Prada Larrea, José Luis. Incidencia fiscal del nuevo PGC: dividendos especiales. /En/ Carta Tributaria, 16/4/2008, p. 1. Difícil de catalogar a este respecto es la posición sostenida por MALVÁREZ para quien el principio de prevalencia del fondo sobre la forma ha consagrado un modo de entendimiento del principio de imagen fiel: MALVÁREZ PASCUAL, Luis. *El principio de preferencia del fondo sobre la forma en el Derecho Contable español*. /En/ Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, nº 341-342, 2011, p. 174-175.

31 Nos referimos a las contestaciones número 11 publicada en el BOICAC nº 48 de diciembre de 2001 y número 3 publicada en el BOICAC nº 64 de diciembre de 2005.

Si no existe un valor fiable del elemento objeto de la transmisión de acuerdo con sus características, la valoración a otorgar por el adquirente deberá consistir en un mantenimiento del valor contable preexistente en el transmitente, considerándose procedente, en su caso, el valor contable consolidado del mismo".

Más allá de la enrevesada redacción de la nota, lo que parece bastante claro es que ya antes de la entrada en vigor del PGC de 2008 y sobre la base de la prevalencia del fondo sobre la forma (*rectius* principio de imagen fiel) el ICAC venía sosteniendo la posibilidad –quizás deber si el valor de mercado admitía fácil cálculo- de valorar las operaciones vinculadas a valor de mercado calificando la diferencia entre dicho valor y el histórico. Y conviene poner de manifiesto que igual que la Sentencia GIMLE provocaba la necesaria derogación de la norma de valoración 21ª del PGC vigente, ese pronunciamiento impide de igual manera la inaplicación del principio de coste histórico, o quizás de cualquier regla de contabilización derivada del principio de prudencia, por imposición de las exigencias de imagen fiel. Es obvio que la posición sostenida en su día por el ICAC y la que pudiera sostenerse en adelante como consecuencia del principio de prevalencia del fondo sobre la forma resulta irreconciliable con la doctrina del TJCE que, como ya hemos sostenido en reiteradas ocasiones, se pronuncia de forma taxativa sobre el hecho de que una infravaloración de un elemento patrimonial, cualquiera que pueda ser su causa, no constituye una situación excepcional que permita inaplicar el principio de valoración a coste histórico³².

5. GIMLE: una ocasión perdida para clarificar el contenido y efectos contables (y fiscales) del principio de imagen fiel

La sentencia GIMLE es uno de esos pronunciamientos judiciales que resultan criticables más por lo que omiten que por lo que afirman. Desde luego no podrá decirse que el TJCE no ha sido tajante en sus afirmaciones (por mucho que la trascendencia del pronunciamiento no deje de plantear problemas); no obstante el caso, tal y como había sido planteado, abría una oportunidad única para aclarar judicialmente uno de los aspectos más controvertidos de la IV Directiva y, en general, del Derecho Contable europeo. Nos referimos, claro está, al contenido del principio de imagen fiel y, especialmente, al significado que debe atribuirse a su posible efecto de inaplicación sobre reglas y principios contables concretos que se deriva del artículo 2(5) de la Directiva.

Al margen de otras funciones del principio de imagen fiel, sobre las que existe cierto consenso en la doctrina y a las que nos hemos referido ya en trabajos anteriores³³, procede en este momento centrarse en el denominado *true and fair view override* (TFO en adelante) respecto del que la doctrina se ha pronunciado en sentidos del todo diversos.

En efecto, la doctrina jurídico-contable europea, ante lo inexplicable de una institución –la TFO- que posibilita, precisamente, la inaplicación de las pocas reglas contables recogidas en la Directiva, se ha pronunciado de manera

32 Obviamente la falta de claridad anteriormente denunciada en relación con el ámbito de aplicación de la doctrina GIMLE se proyecta sobre otras normas de valoración que eventualmente pudieran inaplicarse, de acuerdo con la doctrina contable, como consecuencia de las exigencias del principio de prevalencia del fondo sobre la forma. A este respecto habría que analizar, aunque excedería con mucho las pretensiones de este trabajo, cómo tal doctrina se proyecta sobre otras situaciones a las que la doctrina ha hecho referencia. Sobre este particular: Blázquez Lidoy, Alejandro. *Interpretación económica, Derecho Contable e Impuesto sobre Sociedades. La reforma por venir.* /En Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 15, 2007. PRADA LARREA, José Luis. *Incidencia fiscal del nuevo PGC: dividendos especiales.* /En/ Carta Tributaria, 16/4/2008. PRADA LARREA, José Luis. *La aplicación analógica de las reglas contables.* /En/ Carta Tributaria, 28/12/2009.

33 En otros trabajos ya hemos analizado la función interpretativa y la función de limitación de opciones contables que podría derivarse de este principio: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables... op. cit.* p. 380-385; 402-415.

dispar. Desde quienes han tratado de minimizar el efecto del *TFO* confinando sus consecuencias a la Memoria –nos referimos a la tesis del desacoplamiento defendida en la doctrina alemana mayoritaria- pasando por quienes confunden la función interpretativa del principio con su función de inaplicación³⁴ o aquellos que, de una forma ambigua y totalmente inexpresiva, remiten el problema a lo que eventualmente pueda sostener el TJCE³⁵, todos ellos se han visto superados por una institución –la *TFO*- que, formulada tal y como aparece en el artículo 2(5) de la Directiva –quizás por su carácter de regla de compromiso o más bien de regla formulada por contables (no por juristas)- no encontraba acomodo en las técnicas aplicativas tradicionales³⁶. Lo mismo ha venido a hacer el TJCE en la Sentencia GIMLE que no supone más que negar radicalmente el *TFO* en un caso concreto (inaplicación del principio de coste histórico) sin aclarar qué supone una “situación excepcional” en el contexto del artículo 2(5) de la Directiva y, menos aún, porqué una infravaloración manifiesta originada por la vinculación entre comprador y vendedor no constituye una situación excepcional que habilite para inaplicar la regla del coste histórico.

El principio de prevalencia del fondo sobre la forma podría interpretarse como un mandato de flexibilizar la aplicación de las normas contables cuando de ellas pueda derivarse un resultado, que por estar demasiado vinculado a las exigencias de prudencia y el formalismo que al mismo suele anudarse, se pueda ver comprometida la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa

Y esta posición, que no ha sabido traducir al lenguaje técnico jurídico lo que subyacía a la formulación del *TFO* en la Directiva, resulta especialmente criticable si se tiene en cuenta que ya desde hace algunos años algunos sectores de la doctrina habían sabido detectar que la posibilidad de inaplicar reglas contables por imposición del principio de imagen fiel no era más que lo que, en términos jurídicos, se conoce como una cláusula general antiabusos. En definitiva, el *TFO* no impone la búsqueda, al margen del sistema legal vigente, de un modelo contable más ajustado a la realidad sino que, por el contrario, se limita a habilitar la inaplicación de una norma cuando las transacciones, tal y como han sido diseñadas por la empresa, pueden defraudar la finalidad preeminente de las cuentas anuales³⁷. Esta idea básica plantea toda una serie de interrogantes adicionales a las que, lógicamente, la posición excesivamente simplista del TJCE en GIMLE no ha podido dar respuesta. Sin perjuicio de que esas preguntas requirieran mayor espacio y atención que el que este trabajo permite, exponemos brevemente su planteamiento anticipando, siquiera sea de forma somera, algunas respuestas preliminares.

34 Tesis que yo mismo, erróneamente, defendí en su día: Báez Moreno, Andrés. *Normas contables... op. cit.* p. 409-410.

35 Ordelheide, Dieter. *True and fair view. A European and German perspective.* /En/ European Accounting Review, 1993, 1, p. 82.

36 En efecto, al menos que se dé entrada al puro decisionismo arbitrario, dejar de aplicar una norma no encaja en ninguna de las técnicas aplicativas tradicionales del Derecho (Público o Privado).

37 En este sentido de forma especialmente atinada y clarificante: Arden, Justice. *True and fair view: a European perspective.* /En/ European Accounting Review, 6,4, 1997, p. 677-678. Más recientemente, aunque a título casi incidental: Alexander, David; Eberhartinger, Eva. *The True and Fair View... op. cit.* p. 576. En este sentido se ha pronunciado también en relación con la sentencia GIMLE, DOCCLO, en los términos siguientes: “La sentencia GIMLE resuelve un problema que nunca debió haberse planteado. El problema estriba en que la Hacienda belga utiliza el Derecho Contable para combatir lo que entiende que es una evasión fiscal (sic) en lugar de reformar la normativa tributaria” (Docclo, Caroline. *GIMLE. Principle... op. cit.* p.44).

5.1. ¿Cuál es el estándar antiabuso en la IV Directiva? El presupuesto de hecho de la TFO

Asumiendo que la TFO pudiera encarnar una cláusula general antiabuso cuya consecuencia jurídica se identificara con la inaplicación de la norma defraudada (indebidamente aplicada o eludida) por la empresa o, en los términos más modernos previstos en el artículo 34.2 del Código de Comercio, haciendo prevalecer el fondo sobre la forma, la indagación sobre el contenido de dicho TFO no habría hecho más que empezar pues aún quedaría por saber cuál es el presupuesto de hecho para la aplicación de dicha técnica antiabuso. Como ya he tenido ocasión de defender en otros trabajos³⁸, la prevalencia del fondo sobre la forma o la mera afirmación de que una norma debe inaplicarse cuando la aplicación estricta de la misma conduzca a resultados contrarios a su finalidad no es más que una norma incompleta, pues nada establece respecto a cuáles deban ser las condiciones para su aplicación. En definitiva, y traducido a los términos del caso GIMLE, no puede afirmarse sin más que la valoración de un elemento patrimonial por debajo o por encima de su valor de mercado deba conducir a la prevalencia de este último sino que conviene, como requisito imprescindible del principio de seguridad jurídica, determinar qué condiciones o características esenciales de la operación habilitan la inaplicación del principio de coste histórico, en definitiva, bajo qué circunstancias puede prescindirse de la forma (el valor pactado) y sustituirlo por el fondo (el valor de mercado).

Y si bien es cierto que el TJCE habría encontrado serias dificultades en desarrollar, a partir de su jurisprudencia previa, un estándar antiabuso referido específicamente a las Directivas Europeas de Sociedades³⁹, también lo es que, al menos desde el pronunciamiento del TJCE en el caso *Emsland Stärke*⁴⁰, existe en el ámbito del Derecho Comunitario un test de abuso que podría haber integrado perfectamente el presupuesto de hecho del TFO al que nos referimos en este momento. En efecto en esta sentencia el Tribunal ofrece por primera vez una aproximación al concepto de abuso dando forma a un pretendido principio comunitario de prohibición de tales prácticas y lo hace en los siguientes términos:

"La constatación de que se trata de una práctica abusiva exige, por un lado, que concurran una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa.

Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención." (*Emsland-Stärke*, pars. 52-53).

Más allá del acierto conceptual y sistemático de ese doble estándar subjetivo-objetivo de abuso creado por el TJCE, y asumido posteriormente en otras sentencias, lo cierto es que no puede decirse que el TJCE tuviera que

38 Bález Moreno, Andrés; Zornoza Pérez, Juan José. *General Anti-Avoidance Rules (GAARs) – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World?* Spanish Report. (en prensa /En/ IBFD 2014).

39 En efecto, aunque en el caso *Centros* (C-212/97) el TJCE abandona su línea de jurisprudencia previa en relación con las normas antiabuso domésticas y la libertad de establecimiento, también lo es, como se ha sostenido en la doctrina, que en dicha Sentencia el Tribunal no establece los criterios para determinar qué conductas deben reputarse abusivas y cuáles no (De la Feria, Rita. *Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through Tax.* /En/ Common Market Law Review, 45, 2008, p. 407).

40 STJCE de 14 de diciembre de 2000 (C-110/99).

construir de la nada el presupuesto de hecho para la aplicación del *TFO* en el caso GIMLE. En este sentido los hechos que el propio Tribunal refiere bien podrían haber dado lugar a la aplicación de la norma antiabuso que el *TFO* encarna.

Desde la llamada óptica objetiva parece que si bien el precio pactado por comprador y vendedor encaja a la perfección en el concepto de coste histórico, la finalidad del principio de prudencia parece no verificarse en el caso. La idea de no permitir que aflore una ganancia no realizada (se valoran los elementos patrimoniales por su estricto valor de adquisición) carece de todo sentido cuando la manifiesta desproporción entre el valor de adquisición y el de transmisión pone de manifiesto que lo único pretendido realmente era atribuir la plusvalía a GIMLE en lugar de a las personas físicas titulares iniciales de las acciones.

No puede afirmarse sin más que la valoración de un elemento patrimonial por debajo o por encima de su valor de mercado deba conducir a la prevalencia de este último sino que conviene, como requisito imprescindible del principio de seguridad jurídica, determinar qué condiciones o características esenciales de la operación habilitan la inaplicación del principio de coste histórico

Por otro lado, y desde la que el TJCE denomina óptica subjetiva, también parecería razonable aplicar la *TFO* en la medida en que vendedor y comprador obtienen los beneficios del principio del coste histórico creando artificialmente las condiciones para su aplicación. En definitiva los vendedores originales sólo están dispuestos a transmitir las acciones por un valor muy inferior al que éstas tienen en el mercado porque la sociedad adquirente es de su propiedad y porque es precisamente esa transmisión la que permite localizar la plusvalía en una sociedad residente en Bélgica en lugar de en una persona física residente en el Reino Unido.

En resumidas cuentas la actitud de sometimiento a ultranza al principio de prudencia impide al TJCE advertir que el *TFO* es una cláusula general antiabuso y que la vinculación de las partes en la transacción –que es la que a la postre permite trasladar la plusvalía a GIMLE– permitiría conforme a la propia jurisprudencia del TJCE inaplicar el principio de coste histórico lo que tendría como resultado la inexistencia de plusvalía en GIMLE por la ulterior transmisión de las acciones⁴¹.

5.2. La *TFO* y sus consecuencias respecto de la base imponible de los impuestos que recaen sobre el beneficio empresarial

Sin embargo aclarar que el *TFO* es una cláusula antiabuso y que los hechos del caso seguramente habrían justificado la valoración de las operaciones por su valor normal de mercado plantea un nuevo interrogante, en los sistemas jurídicos como el Belga – o el español– que remiten (total o parcialmente) la regulación de la base imponible de los impuestos que recaen sobre el beneficio empresarial al resultado contable. En este contexto se plantea si el resultado contable ajustado como consecuencia de la aplicación del *TFO* debe tener o no inmediata

41 Cuestión distinta en la que no puede entrarse en este momento por motivos de espacio sería la calificación que debería otorgarse a la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado. La estricta dependencia de este “ajuste secundario” de la normativa doméstica belga y las muy serias implicaciones de fiscalidad internacional recomiendan dejar este problema para ulteriores trabajos.

eficacia fiscal. En resumidas cuentas la pregunta es si la normativa fiscal – en el caso español el artículo 10.3 del TRLIS- remite también a *TFO* y, obviamente, a las consecuencias de su aplicación.

Centrándonos en la normativa española, pues este es un problema fuertemente ligado a la particular formulación normativa de la remisión a la normativa contable, debe partirse, como no puede ser de otra manera, del artículo 10.3 del TRLIS conforme al cual: “En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas”.

A partir de este precepto podemos ofrecer una solución detallada al problema antes planteado sin perjuicio de que, como ya hemos señalado en trabajos anteriores⁴², el problema fundamental de todos los sistemas que asumen la dependencia parcial (del Balance Fiscal respecto al Mercantil) estriba precisamente en determinar si una cuestión ha sido regulada efectivamente por la norma contable o por la norma de ajuste fiscal:

1. Si resulta de aplicación la normativa fiscal de operaciones vinculadas. En un supuesto como el del caso GIMLE, en el que la Administración hubiera ajustado los precios convenidos por imposición del principio de imagen fiel⁴³, a efectos fiscales debería plantearse de inmediato la posible (u obligatoria) aplicación de las normas de operaciones vinculadas del artículo 16 del TRLIS⁴⁴. Sólo en el caso de que la consecuencia de ambas normas (el ajuste contable por *TFO* y la regla fiscal de operaciones vinculadas) coincidieran en todos sus extremos, debería aceptarse sin más el resultado contable. Obviamente esto podría ocurrir pero debe tenerse en cuenta que la fisonomía de ambas normas es muy diversa y, al igual que ya se había dicho respecto al problema de la relación entre la Norma de Valoración 21ª del PGC y el artículo 16 del TRLIS, por mucho que la filosofía de fondo pueda coincidir, los detalles de regulación son extraordinariamente diversos. Y cuando de la aplicación directa del *TFO* se trata, las diferencias pueden multiplicarse pues en este caso y por definición, ni está definido el perímetro de vinculación ni existe la más mínima referencia al concepto de valor de mercado que se maneja ni tampoco existe norma alguna que defina las consecuencias de la valoración a valor de mercado (si corresponde o no la práctica de ajuste secundario).
2. Si no resulta de aplicación la normativa fiscal de operaciones vinculadas. En aquellos casos en los que la aplicación de la *TFO* no desemboque en una valoración de la transacción a valor de mercado, originada por la especial relación de vinculación entre los sujetos intervinientes en la operación, podría tenerse la tentación de afirmar sin más que el resultado contable tendrá plena eficacia fiscal. Tal posición pasaría por afirmar que el artículo 10.3 TRLIS remite a la *TFO* o al principio de prevalencia del fondo sobre la forma de forma incondicionada y pasaría necesariamente por una lectura estrictamente literal del citado precepto que no considerara que las técnicas antiabuso descritas en la Ley General Tributaria, y señaladamente la cláusula de conflicto del artículo 15 de

42 ZORNOZA PÉREZ, Juan José; BÁEZ MORENO, Andrés. *Modelos comparados de relación entre normas contables... op. cit.* p. 448-454.

43 Lo mismo ocurriría, con ciertos matices, siendo de aplicación la Norma de Valoración 21ª del PGC 2007.

44 De acuerdo con el artículo 16.3 del TRLIS si las personas físicas fundadoras de GIMLE eran las propietarias de las acciones de TV Shop Europe AB nos encontraríamos ante una operación vinculada. En todo caso y aunque este es un extremo al que no se hace referencia en la sentencia lo cierto es que la operación carecería de todo sentido si las acciones de TV Shop AB no estuvieron de uno u otro modo bajo el poder e influencia de las personas físicas que son propietarias de GIMLE.

la LGT 2003, requieren la práctica de ajustes extracontables. Como ya hemos adelantado esta lectura no dejaría de encontrar cierto acomodo en el propio texto del artículo 10.3 del TRLIS pues el mismo se refiere exclusivamente, como generadoras de ajuste, a la “*aplicación de los preceptos establecidos en esta ley*” siendo que, obviamente, las técnicas antiabuso generales del Derecho Tributario no se contienen en el TRLIS. Sin embargo esta interpretación carecería de sentido desde una óptica estrictamente sistemática pues no se alcanzaría a entender muy bien porqué para la elusión de aquellos preceptos de orden contable que regulan la base imponible del Impuesto se aplicaría el *TFO* o el principio de prevalencia del fondo sobre la forma mientras que la elusión de los preceptos estrictamente fiscales contenidos en el TRLIS requerirían la aplicación de la cláusula de conflicto del artículo 15 de la LGT.

En resumidas cuentas puede resultar admisible, si se configura de manera adecuada, un cláusula antiabuso de carácter contable construida sobre el principio de imagen fiel o la prevalencia del fondo sobre la forma pero lo que no parece de recibo es que, en virtud de una interpretación literalista y muy poco razonable del artículo 10.3 del TRLIS, esa técnica anti-abuso sirva como alternativa para que el aplicador del Derecho defraude algunas de las exigencias y limitaciones que el legislador ha decidido establecer a dichas técnicas en el ámbito específico del Derecho Tributario

Y pudiera pensarse que si, a la postre, el presupuesto de hecho del *TFO*, tal y como ha sido descrito anteriormente, no resulta en esencia distinto de los requisitos de artificiosidad previstos en el artículo 15 de la LGT, las diferencias de aplicar uno y otro mecanismo pueden no ser relevantes. Nada más lejos de la realidad. En primer lugar porque la configuración del presupuesto de hecho del *TFO* que se ha realizado anteriormente era un mero *desideratum*⁴⁵, y la realidad práctica demuestra que el principio de prevalencia del fondo sobre la forma se aplica con menos rigor. Pero es que además, conviene no perder de vista que el artículo 15 de la LGT exige un requisito procedimental (Informe preceptivo del artículo 159 de la LGT) inexistente para el *TFO*, toda vez que el artículo 15.3 de la LGT y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional impiden la imposición de sanciones y la derivación de responsabilidades penales como consecuencias de la aplicación de la regla general antiabuso⁴⁶.

45 Recuérdese que el TJCE en GIMLE ha rechazado implícitamente describir el presupuesto de hecho del *TFO* al menos cuando se trata de inaplicar el principio de valoración a coste histórico.

46 La lógica jurídica más elemental implicaría que el uso de cláusulas generala anti-abuso alternativas a la cláusula de conflicto tampoco pudiera tener consecuencias penales o sancionadoras. Sin embargo la realidad de la doctrina administrativa y, en ocasiones la jurisprudencia, parecen apuntar en sentido contrario.

En resumidas cuentas puede resultar admisible, si se configura de manera adecuada, un cláusula antiabuso de carácter contable construida sobre el principio de imagen fiel o la prevalencia del fondo sobre la forma pero lo que no parece de recibo es que, en virtud de una interpretación literalista y muy poco razonable del artículo 10.3 del TRLIS, esa técnica anti-abuso sirva como alternativa para que el aplicador del Derecho defraude algunas de las exigencias y limitaciones que el legislador ha decidido establecer a dichas técnicas en el ámbito específico del Derecho Tributario⁴⁷. En definitiva se trata de evitar ese “fraude al fraude a la ley” que desde hace muchos años viene denunciando el Profesor Palao en la práctica administrativa española⁴⁸.



47 Aunque no siempre se afirme de manera rotunda esta parece ser la posición defendida en algunos sectores de la doctrina española: Malvárez Pascual, Luis. *La incidencia del principio contable de prioridad del fondo económico sobre la forma jurídica en el método de determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y su aplicación por los operadores jurídicos.* /En/ *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 1, 2011, p. 15-16. Martín Jiménez, Adolfo; Calderón Carrero, José Manuel. *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI.* La Coruña: Netbiblio, 2012, p. 62.

48 Palao Taboada, Carlos. *¿Existe el fraude a la ley tributaria?* /En/ *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 182, 1998, p. 7.