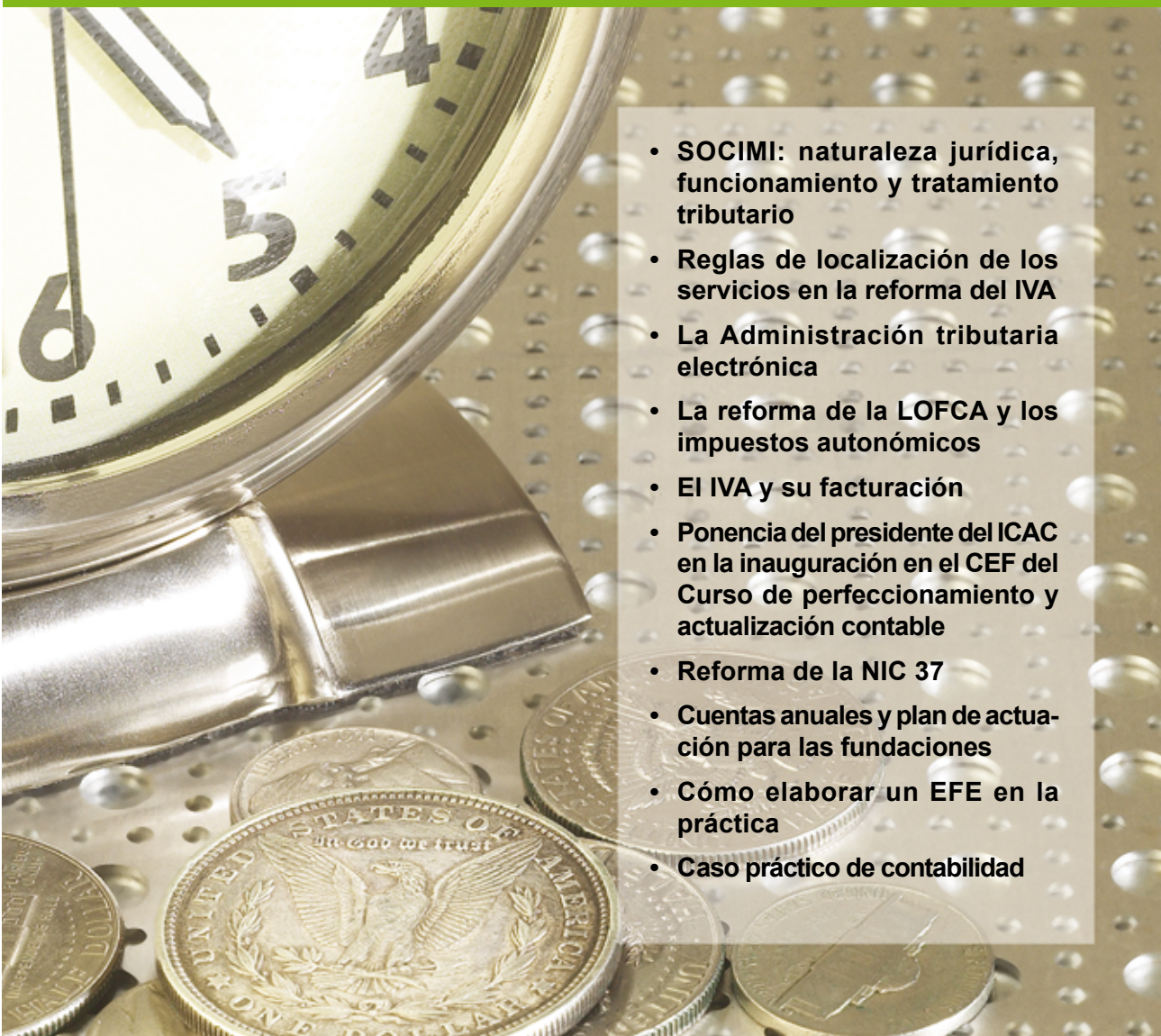




- **SOCIMI: naturaleza jurídica, funcionamiento y tratamiento tributario**
- **Reglas de localización de los servicios en la reforma del IVA**
- **La Administración tributaria electrónica**
- **La reforma de la LOFCA y los impuestos autonómicos**
- **El IVA y su facturación**
- **Ponencia del presidente del ICAC en la inauguración en el CEF del Curso de perfeccionamiento y actualización contable**
- **Reforma de la NIC 37**
- **Cuentas anuales y plan de actuación para las fundaciones**
- **Cómo elaborar un EFE en la práctica**
- **Caso práctico de contabilidad**

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

www.cef.es

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920

info@cef.es

DICIEMBRE 2009 – NÚMERO 321

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Alejandro Blázquez Lidoy
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSESA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- María Teresa del Val Núñez
(Catedrática de Dirección de Empresas. Universidad de Alcalá)
- José Ramón González García
(Presidente del ICAC)
- José Antonio Gonzalo Angulo
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Alcalá)
- Herenia Gutiérrez Ponce
(Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
UAM)
- Lorenzo Lara Lara
(Presidente del Colegio Central de Titulados Mercantiles y
Empresariales)
- Alejandro Larriba Díaz Zorita
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Alcalá)
- Juan Carlos López-Hermoso Agius
(Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva)
- Ana Muñoz Merino
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de
Madrid)
- Vicente Pérez Sánchez
(Inspector de Hacienda del Estado y Profesor del CEF)
- J. Andrés Sánchez Pedroche
(Vicerrector de Relaciones Institucionales. UDIMA)
- Jesús Sanmartín Mariñas
(Presidente del REAF)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y
Hacienda)
- Fernando Serrano Antón
(Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid)
- María Teresa Soler Roch
(Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente)

SUMARIO

	Página
TRIBUTACIÓN	
73/2009 La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009. (Sergio Nasarre Aznar y Estela Rivas Nieto)	3
74/2009 El proyecto de modificación de las reglas de localización de las prestaciones de servicios en el IVA. (Javier Bas Soria)	67
75/2009 La Administración tributaria electrónica. (Juan Calvo Vérgez)	89
76/2009 La modificación del artículo 6.3 de la LOFCA en el marco de la reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas. (Amelia González Méndez)	129
77/2009 La exigibilidad del IVA por su mención en factura y la problemática en cuanto a su deducción, regularización y devolución. (Alfonso Sanz Clavijo)	143
CUESTIONES A DEBATE...	
78/2009 Nota sobre la ponencia del Presidente del ICAC en la inauguración en el CEF del Curso de perfeccionamiento y actualización contable. (José Luis Álvarez Carriazo)	161
CONTABILIDAD	
79/2009 Reforma de la NIC 37: búsqueda de la relevancia en la contabilidad de provisiones a través de los conceptos. (Santiago Iglesias Escudero)	165
80/2009 Las cuentas anuales y el plan de actuación para las fundaciones tras la reforma contable. (Ana Morales y M.ª Cristina de Miguel)	181
81/2009  Cómo elaborar el estado de flujos de efectivo en la práctica. (Luis Castrillo Lara y Sonia Marcos Naveira)	209
82/2009 Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de Hacienda (año 2001) adaptado al PGC 2007. (Elena Gómez Díaz)	211
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	237

Solo disponible en versión digital

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID
Tel. 914 444 920

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
C/ Destreza, 7
Polígono Industrial «Los Olivos»
28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2009): 134,62 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

- 1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).
- 2.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2009) 201,93 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y al final de cada año se recopilan en Tomos independientes: Legislación y Jurisprudencia Tributaria).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

- Suscriptores 14,43 € (IVA no incluido)
- No suscriptores 19,24 € (IVA no incluido)

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

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

LA NATURALEZA JURÍDICO-PRIVADA Y EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS NUEVAS SOCIEDADES COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO (SOCIMI) EN LA LEY 11/2009

SERGIO NASARRE AZNAR

*Profesor Agregado de Derecho Civil.
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

ESTELA RIVAS NIETO

*Profesora Agregada de Derecho Tributario.
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

Extracto:

EL presente trabajo analiza la naturaleza jurídica, funcionamiento y tratamiento tributario de las nuevas Sociedades Anónimas Cotizadas en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) a la luz de la Ley 11/2009, de 26 de octubre. Para ello, primero, se contextualizan en la función que deben cumplir como dinamizadoras del mercado inmobiliario urbano de alquiler, así como de vertebradoras del mismo, lo que han realizado con éxito diversos *real estate investment trusts* (REIT) en otros ordenamientos jurídicos. Posteriormente, se analiza su prevista regulación y se comparan con los REIT y con los Fondos de Inversión Inmobiliaria (FII). Y, finalmente, se realiza un estudio tributario de las nuevas SOCIMI, poniendo de relieve su conveniencia y, en definitiva, si serán lo suficientemente atractivas para poder cumplir los objetivos para los cuales han sido creadas.

Palabras clave: REIT, SOCIMI, vivienda, FII, SII y alquiler.

Sumario

1. Las nuevas SOCIMI en el contexto de la problemática del acceso a la vivienda en España.
2. La estructura de los REIT en derecho comparado y su impacto en la vivienda en alquiler.
3. El régimen jurídico-privado de las SOCIMI en la Ley 11/2009.
 - 3.1. La forma organizativa.
 - 3.2. El objeto social.
 - 3.3. La distribución obligatoria de los dividendos.
 - 3.4. La posibilidad de recurrir a financiación ajena.
 - 3.5. Otras consideraciones de carácter mercantil.
4. Las SOCIMI, los Fondos de Inversión Inmobiliaria de la Ley 35/2003 y los REIT.
5. Conclusiones críticas.
6. La tributación de la SOCIMI.
 - 6.1. La tributación de las SOCIMI en el IS.
 - 6.2. La tributación de las SOCIMI en el ITP y AJD.
 - 6.3. Novedades en cuanto al IVA en la Ley 11/2009.
7. La tributación del socio de la SOCIMI.
 - 7.1. Por los dividendos obtenidos de una SOCIMI.
 - 7.2. Plusvalía en la venta de las acciones.
8. Comparativa resumen del régimen tributario del FII, la SOCIMI y una SA de tipo general dedicada al arrendamiento de vivienda.
9. Conclusiones finales.

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo ha podido ser realizado gracias al Proyecto de Investigación «Formas de tenencia inmobiliaria para mejorar el acceso a la vivienda» (Resolución 2009AIRE-01), cuyo investigador principal es el Dr. Sergio NASARRE AZNAR, y ha obtenido el 2.º Premio Estudios Financieros 2009 en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil (publicado en la *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 105, octubre 2009).

1. LAS NUEVAS SOCIMI EN EL CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA

El objeto del presente trabajo es analizar el régimen de las nuevas Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI o S-REIT¹), atendiendo a la finalidad para la que surgen y a su configuración en la Ley 11/2009, de 26 de octubre² (en adelante Ley 11/2009; aunque también podrá hacerse referencia a su configuración en el Proyecto de Ley de 26-6-2009³ y a la versión 19-12-2008⁴ de dicho Proyecto) y también al contexto internacional en el que se circunscriben, es decir, el régimen legal de los *real estate investment trusts* (REIT). Su tratamiento será tanto desde el punto de vista jurídico-privado como tributario.

Según el Considerando I.2 del Preámbulo de la Ley 11/2009, las SOCIMI son «un nuevo instrumento de inversión destinado al mercado inmobiliario y, más en concreto, al mercado del alquiler». Aunque a continuación incluye dentro de estos inmuebles «tanto viviendas, como locales comerciales, residencias, hoteles, garajes y oficinas, entre otros», las SOCIMI se han anunciado⁵ y se esperan como una medida para la promoción de la vivienda en alquiler en España.

De hecho, nuestro país tiene una de las tasas de vivienda alquilada más bajas de Europa. Lejos de parecer algo meramente circunstancial, el hecho de que los ciudadanos no puedan optar por un mercado saneado de vivienda en alquiler (en términos de calidad y precio) causa una fuerte presión

¹ Acrónimo para *Spanish REIT*.

² BOE 27 octubre 2009, núm. 259, pág. 89.693.

³ Boletín Oficial de las Cortes-Senado, Serie II, núm. 14 (a), 26-6-2009, pág. 1. Texto remitido al Senado por el Congreso.

⁴ Boletín Oficial de las Cortes-Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 15-1, 19-12-2008, pág. 1.

⁵ Las referencias a la vivienda en alquiler son constantes. Así, Diario *Expansión*, «El alquiler medio sube ya el triple de lo que marca el IPC», 16-1-2009 que señala que: «las nuevas Sociedades de Inversión en el Mercado Inmobiliario (Socimi) se volcarán en el alquiler, encareciéndolo aún más, según las previsiones de los analistas. El alza del 4,4% del precio de los alquileres contrasta con la caída del valor de las viviendas libres (usadas y nuevas sin protección) en venta, que en 2008 alcanzó el 3,2%, según el Ministerio de Vivienda»; véase también *El Mundo* (ed. impresa), «Un plan que llega tarde», 26-12-2008; también *Actualidad Económica*, «Se alquila rentabilidad para inversor paciente», 23-12-2008, que se expresa en el contexto de las SOCIMI en los siguientes términos: «La crisis está creando nuevos nichos en el mercado del arrendamiento, como son las viviendas en las que todas las habitaciones tienen cuarto de baño. Este producto cubre las expectativas de quienes han tenido que malvender su casa, no tienen suficiente para una nueva y necesitan un alojamiento transitorio, barato y con cierta autonomía. Los 300 ó 350 euros que se pueden pedir por una habitación en Madrid o Barcelona suben a 500-550 euros si tiene baño incorporado». La misma percepción han tenido los analistas del mercado, como CHARLS, Phillip *et al.*, *REIT: international experiences. Forms of funding for real-estate companies*, 22-1-2009, www.epra.com. También se ha tenido que tener en consideración el rol que han tenido, desde 1960, los REIT en el mercado de la vivienda en alquiler en Estados Unidos; todos los detalles al respecto en JONES, Colin, *The potential contribution of tax transparent investment vehicles to the housing system: a new horizons research project, Final Report*, noviembre 2004, secciones 3.1 a 3.23. La conclusión de este autor es que: «US REIT have demonstrated the benefits of the introduction of TTHIV [REIT] and British private rented market while not so developed does seem to offer some potential» (sección A35).

sobre el mercado de la vivienda en propiedad, poniendo en riesgo el mandato constitucional a los poderes públicos de promover el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE).

Es decir, sin una alternativa atractiva (buena oferta y precios competitivos) al dominio, los necesitados de vivienda se ven en la «necesidad» de adquirir una vivienda en propiedad (debido a la deficiente –en calidad y cantidad– oferta de vivienda en alquiler y a su coste en relación a la de propiedad). La consecuencia más evidente en los últimos años ha sido la gran dependencia de las familias españolas del crédito hipotecario, provocando un gran endeudamiento generalizado que, junto a la coyuntura actual de paro (cifrado en algo más de 4 millones, el 17,3% según consulta de 24-4-2009, atendiendo al Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es), pone en grave riesgo a nuestra economía y, en particular por lo que se refiere a este trabajo, al acceso a una vivienda digna ⁶.

A nuestro entender, para paliar esta dependencia de la vivienda en propiedad, debe hacerse un estudio en tres frentes –dejando de lado la opción de la vivienda social o pública– que hasta ahora no se ha realizado en profundidad en nuestro país desde la perspectiva del *housing* ⁷:

a) **Potenciación de la vivienda en alquiler.** Diversas han sido las iniciativas que en los últimos tiempos (especialmente desde el estallido de la crisis financiera en nuestro país en septiembre de 2007) se han llevado a cabo en este sentido, no con demasiado éxito. Entre estas medidas, las ha habido (o están aún en trámite) de naturaleza puramente administrativa y de naturaleza legal. Entre las primeras, debemos destacar la Sociedad Pública de Alquiler, cuya funcionalidad está todavía en entredicho ⁸. Y entre las segundas, destacamos algunas iniciativas recientes:

1. Propuestas de ley para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). En este sentido, recientemente (el 18-11-2009) se ha aprobado definitivamente por el Congreso el «Proyecto de Ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios» ⁹, que en su artículo primero reforma la LAU con la finalidad de ampliar los supuestos en que no procede la prórroga obligatoria, extendiéndose a aquellos casos en que el arrendador tenga necesidad de ocupar la vivienda para sus familiares en primer grado o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial, siempre que así se haya hecho constar en el contrato. Y el artículo segundo supone una reforma de la LEC para mejorar y agilizar los

⁶ El informe para toda Europa de la EUROPEAN FEDERATION OF NATIONAL ORGANISATIONS WORKING WITH HOMELESS, «El papel de la vivienda en el sinhogarismo. Alojamiento y exclusión residencial. Tema anual 2008», Bruselas, 2008, www.feantsa.org, pág. 45, «La disponibilidad de viviendas aptas y a precios asequibles ha ganado importancia como factor desencadenante de situaciones de sinhogarismo. Esto se debe a la expansión, y subsiguiente crisis del mercado inmobiliario, así como a cambios en la economía global, a la disminución del número de viviendas sociales disponibles y a cambios demográficos». Y añade que «las modalidades de vivienda en propiedad y alquiler en el mercado privado, pueden constituir una solución de alojamiento para familias con ingresos medios y bajos», debiéndose promover las políticas públicas de viviendas de protección oficial para las familias más vulnerables.

⁷ Entendida como aquella rama de la ciencia que estudia la vivienda y sus implicaciones desde un punto de vista interdisciplinar. Véase, en este sentido, el ingente trabajo científico desarrollado por la EUROPEAN NETWORK FOR HOUSING RESEARCH (www.enhr.org).

⁸ Así, en toda la provincia de Tarragona se están ofertando a fecha de 29-7-2009, únicamente 98 viviendas, de las cuales, sólo 8 están en Tarragona capital (una sola con garantías de la Sociedad Pública de Alquiler), siendo todos pisos con precios que oscilan entre los 450 euros/mes y los 1.000 euros/mes en la capital.

⁹ BOCG-Congreso de los Diputados 18 noviembre 2009, núm. 32-4, pág. 1.

procesos de desahucio, con medidas como el someter al mismo régimen los procesos de desahucio por falta de pago de rentas y los motivados por expiración legal o contractual del plazo, al tiempo que se reducen plazos y se eliminan trámites no esenciales.

2. Cambios de legislación de carácter tributario, incentivando el alquiler autorizando deducciones por capital invertido en su pago (similar a lo que ya viene sucediendo desde hace años con la deducción por pago de préstamos hipotecarios); en concreto se trata del artículo 68.7 de la Ley 35/2006, introducido por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre ¹⁰, con efectos desde enero 2008. Además es compatible con beneficios fiscales parecidos introducidos por algunas comunidades autónomas como Madrid ¹¹ o Cataluña ¹². Y, a su vez, estas medidas se han compatibilizado con ayudas directas a inquilinos jóvenes (renta básica de emancipación) ¹³.
3. «Forzar» a los propietarios a alquilar. Esta medida es la tomada por la última Ley de Vivienda de Cataluña 18/2007, de 28 diciembre, del derecho a la vivienda ¹⁴. Efectivamente, según el artículo 42.6 de dicha norma, si después de que la Administración Pública haya dado todas las facilidades a un propietario de una vivienda «permanentemente vacía» o «permanentemente desocupada» ¹⁵ éste la sigue sin alquilar, se le abrirá expediente y, si pasados dos años aún se mantiene dicha situación, la Administración procederá a la expropiación del usufructo de dicha vivienda ¹⁶, por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE).
4. Es en este contexto en el que deben circunscribirse las SOCIMI. Si sigue la tendencia de los *real estate investment trusts* (REIT) en derecho comparado, su finalidad debería ser la promoción de dar los inmuebles en alquiler, la generalización del alquiler (cantidad), así como el aumento de su calidad. No obstante, esta misma es la finalidad de los Fondos de Inversión Inmobiliaria y las Sociedades de Inversión Inmobiliaria reguladas hoy en la Ley 35/2003 ¹⁷ aunque, a la luz de las cifras de la vivienda en alquiler, del volumen de fincas gestionadas y del número de vehículos financieros existentes, comprobamos cómo dicha finalidad no ha sido alcanzada ¹⁸.

¹⁰ RCL 2007, 2354.

¹¹ Regulado en el artículo 1.2.5 de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas (BOE 18 marzo 2008, núm. 310, pág. 618).

¹² Regulado en el artículo 1.1 de la Ley 31/2002, de 30 diciembre 2002, de Medidas fiscales y Administrativas (DOGC núm. 3791, 31 diciembre 2002, pág. 23.166).

¹³ Regulado en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, sobre la renta básica de emancipación de los jóvenes (BOE 7 noviembre 2007, núm. 267, pág. 45.698), y modificado recientemente por el RD 366/2009, 20 de marzo (BOE 8 abril 2009, núm. 86, pág. 33.207).

¹⁴ DOGC 9 enero 2008, núm. 5044, pág. 1.609.

¹⁵ Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2001 existían en España 3.106.422 viviendas familiares vacías, siendo Cataluña la segunda CA, tras Andalucía, con más número de éstas. Ésta es una cifra ocurrida justo al comienzo del *boom* inmobiliario, durante el cual se ha construido mucho más de lo que se necesitaba y, por lo que se ha visto, más de lo que se podía absorber. Para 2011 se prevé que el porcentaje de viviendas vacías en España (13,8%) supere las viviendas en alquiler (9%) (fuente: Cáritas Española, en *El Mundo* 25-11-2008; puede hallarse en <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/11/19/solidaridad/1227105726.html>).

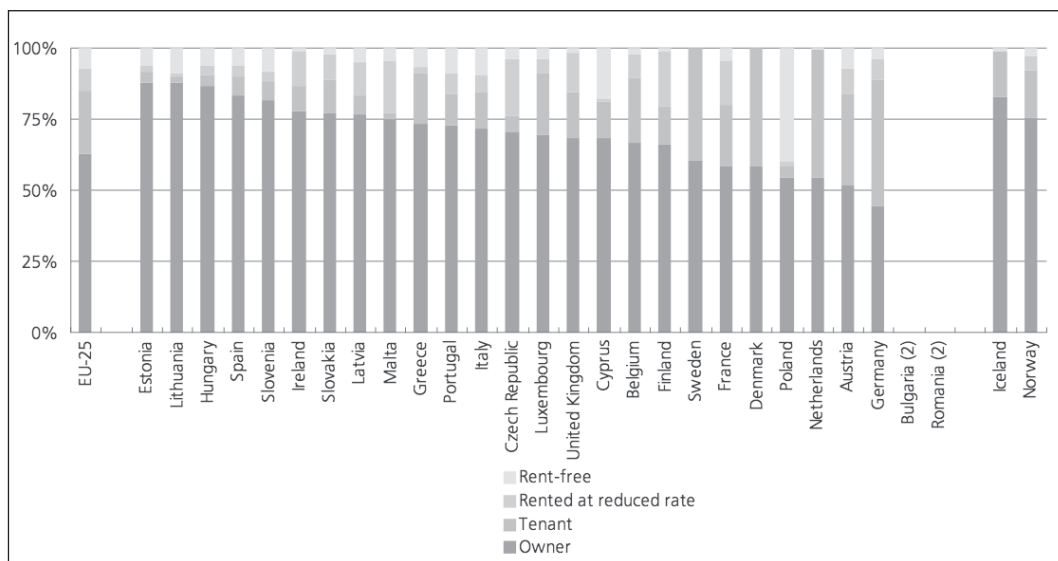
¹⁶ En el Anteproyecto de Ley se habló de la expropiación del dominio.

¹⁷ BOE 5 noviembre 2003, núm. 265, pág. 39.220. Nos remitimos al apartado infra, donde comentamos esta peculiar duplicidad de instituciones para una misma función.

¹⁸ *Vid. infra* para más detalles.

Lo cierto es que, independientemente de las causas económico-jurídico-sociales que puedan determinar el bajo porcentaje de vivienda en alquiler en España (ej. necesidad de la ciudadanía de dotarse de patrimonio inmobiliario propio como garantía ante una sensible disminución de ingresos en su jubilación, lo que, por cierto, queda en entredicho con la hipoteca inversa de la reciente Ley 41/2007), éste se encuentra entre los más bajos de Europa y muy lejos de la tasa de alquiler que se considera adecuada para el buen funcionamiento de un saneado mercado inmobiliario ¹⁹. Ello queda evidenciado en la **figura 1**.

FIGURA 1. *Porcentaje de viviendas en propiedad y alquiladas en Europa.*

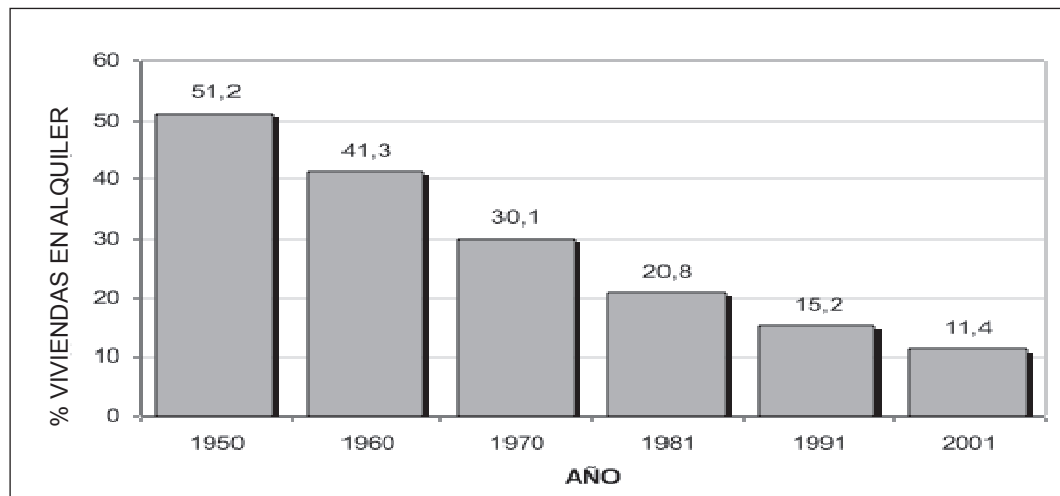


FUENTE: Eurostat, 2007, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.

De hecho, el número de viviendas en alquiler en España (actualmente situado en el 10,7%, fuente Instituto Nacional de Estadística, 2007) ha ido decreciendo progresivamente, acompañando los sucesivos Planes de Vivienda que normalmente poco interés han deparado al alquiler, mientras que el Plan actual 2009-2012 (RD 2066/2008) ²⁰ se refiere a la necesidad de absorción de la vivienda ya construida. Ello queda claramente reflejado en la **figura 2**.

¹⁹ Como se ve, los países que lideran el porcentaje de vivienda en alquiler son Alemania, Austria, Holanda, Polonia, Dinamarca, Francia y Suecia, de lo que puede deducirse que un porcentaje que se aproxime al que tienen estos países podría ser deseable (estamos muy lejos de la media europea, que se sitúa en el 38%); estaríamos hablando de algo más del 20% de la vivienda ocupada. También puede concluirse del listado de países que se encuentran en un extremo y en otro que una alta tasa de viviendas en alquiler no quiere decir, necesariamente, pobreza o precariedad.

²⁰ BOE 24 diciembre 2008, núm. 309, pág. 51.909.

FIGURA 2. *Porcentaje de viviendas en propiedad y alquiladas en Europa.*

FUENTE: *Jesús Trello, Visión bancaria del riesgo crediticio en el sector inmobiliario, conferencia, Universidad Rovira i Virgili, febrero 2009.*

Además, a pesar de las medidas, no sólo el alquiler no se generaliza, sino que se encarece, lo que no contribuye en favorecer el acceso a la vivienda. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (15-1-2009) la vivienda en alquiler se encareció en España el 4,4%, esto es, 3 puntos porcentuales por encima del IPC de 2008 (cerrado en diciembre en el 1,4%).

Las SOCIMI, objeto del presente estudio, se presentan como una posibilidad para cambiar esta situación.

b) Reforma del sistema de financiación para la adquisición de la vivienda en propiedad.

Y no nos referimos especialmente a la hipoteca como instrumento asegurador de la garantía del acreedor (un elemento esencial e imprescindible para todo sistema de crédito territorial), sino en lo que se refiere a las operaciones de refinanciación hipotecaria, es decir, a la Ley 2/1981 ²¹, que adolece de muchas deficiencias que, no sólo no han quedado solucionadas con la reciente Ley 41/2007 ²² sino que, en ocasiones, se han visto incrementadas ²³. Con una deficiente refinanciación hipotecaria en manos de las entidades de crédito (graves deficiencias estructurales en la regulación de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, así como de bonos de titulización hipotecaria, de activos y, respecto a la refinanciación de los préstamos a las entidades públicas, las cédulas territoriales) ²⁴, los créditos

²¹ BOE 15 abril 1981, núm. 90, pág. 8.148.

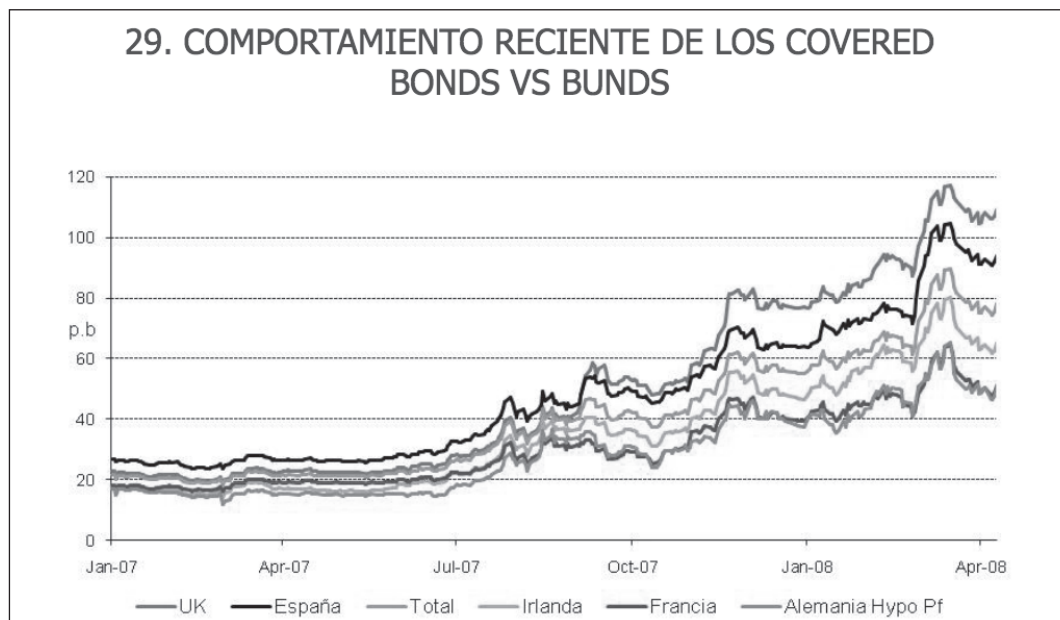
²² BOE 8 diciembre 2007, núm. 294, pág. 50.593.

²³ *Vid. infra.*

²⁴ Reguladas en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, pág. 41.273).

hipotecarios que se conceden son más costosos (falta de liquidez de las entidades de crédito) y, por lo tanto, más gravosos para los necesitados de vivienda. La mala situación de nuestros valores hipotecarios «estrella», las cédulas hipotecarias, se evidencia en la **figura 3**. En ella se comprueba cómo nuestras entidades de crédito emisoras de cédulas deben pagar más tipo de interés a los inversores que el resto de cédulas emitidas por entidades de otros países ²⁵.

FIGURA 3. *Comportamiento de las cédulas hipotecarias españolas en relación con el resto de valores europeos similares y en relación con la deuda pública alemana (Bunds).*



FUENTE: *por referencia, la Asociación Hipotecaria Española.*

Al no ser el tema central de este trabajo, nos remitimos a otros estudios para evidenciar la deficiente regulación, incluso tras la Ley 41/2007, de nuestros valores hipotecarios, que difícilmente pueden competir con los del resto de Europa ²⁶.

²⁵ A excepción de los *covered bonds* ingleses, lo que es normal, dado que al carecer de normativa la ponderación de su riesgo es más elevada que la del resto de cédulas (alrededor del doble). Este elevado riesgo deben compensarlo con más tipo de interés.

²⁶ Véase, sobre la regulación hasta la Ley 41/2007, NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons. Sobre la regulación post-Ley 41/2007, véase VALLE MUÑOZ, José Luis, *El mercado secundario de refinanciación hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, «Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008. Véase también el reciente trabajo MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.), *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.

c) **Buscar alternativas al dominio y al alquiler**, es decir, instrumentos jurídicos que garanticen el acceso a la vivienda de manera estable, más allá de estos dos mecanismos tradicionales. En este sentido, diversos países se han puesto en marcha a implementar nuevas vías o a buscar nuevas aplicaciones a instituciones tradicionales. Entre los primeros debe destacarse la *shared-ownership* en el Reino Unido²⁷ e Irlanda²⁸. Este sistema consiste en tener una parte de la vivienda en propiedad y otra parte en alquiler, de manera que la necesidad de crédito es mucho menor y la parte alquilada se puede ir comprando poco a poco. Y entre los segundos, destacamos a los *leaseholds*. Son arrendamientos de larga duración, por varias decenas, centenares o, incluso, miles de años que pueden inscribirse y abrir folio en el Registro de la Propiedad y sobre los que se pueden constituir derechos reales. Funcionan, en la práctica, como derechos de propiedad pero dan un sentido de pertenencia al inquilino, lo que redundará en el buen mantenimiento de las fincas. Además, es transmisible *inter vivos* y *mortis causa* sin límites. Su última reforma fue en la *Commonhold and Leasehold Reform Act 2002*. El *English Housing Survey 2006/2007*²⁹ reveló que en Inglaterra había 14,6 millones de viviendas ocupadas por un derecho real estable (*freeholds* y *leaseholds*), de los cuales 1,6 eran o bien casas o bien pisos en *leasehold*.

Con estas cuestiones hemos querido contextualizar el momento en el que el legislador español (2008) se ha decidido a impulsar una figura que ya existe en EE.UU. desde los años 60 (los REIT), así como también en multitud de otros países, incluso de nuestro entorno europeo, desde hace años.

Durante el trabajo analizaremos qué es un REIT y qué es una SOCIMI en el bien entendido que, atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009, éstas quieren ser los REIT españoles [Considerando II Ley 11/2009: «Se establece así, un régimen fiscal con unos efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REIT (*Real Estate Investment Trusts*) en otros países, basados en la ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio»]. Intentaremos analizar si, tal y como vienen configuradas en la Ley 11/2009, tienen la regulación adecuada para potenciar el mercado en alquiler en España. Para ello estudiaremos la estructura jurídico-privada de las SOCIMI con la de figuras afines tanto en derecho español como internacional para posteriormente pasar a analizar su tratamiento fiscal –su elemento más caracterizador– también en relación a vehículos similares.

2. LA ESTRUCTURA DE LOS REIT EN DERECHO COMPARADO Y SU IMPACTO EN LA VIVIENDA EN ALQUILER

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) un REIT es una «sociedad, *trust* o acuerdo contractual o fiduciario cuyos ingresos proceden sobre todo de

²⁷ Para el Reino Unido, véase HOUSING CORPORATION, *Have you heard about shared ownership?*, septiembre, 2005, www.housingcorp.gov.uk.

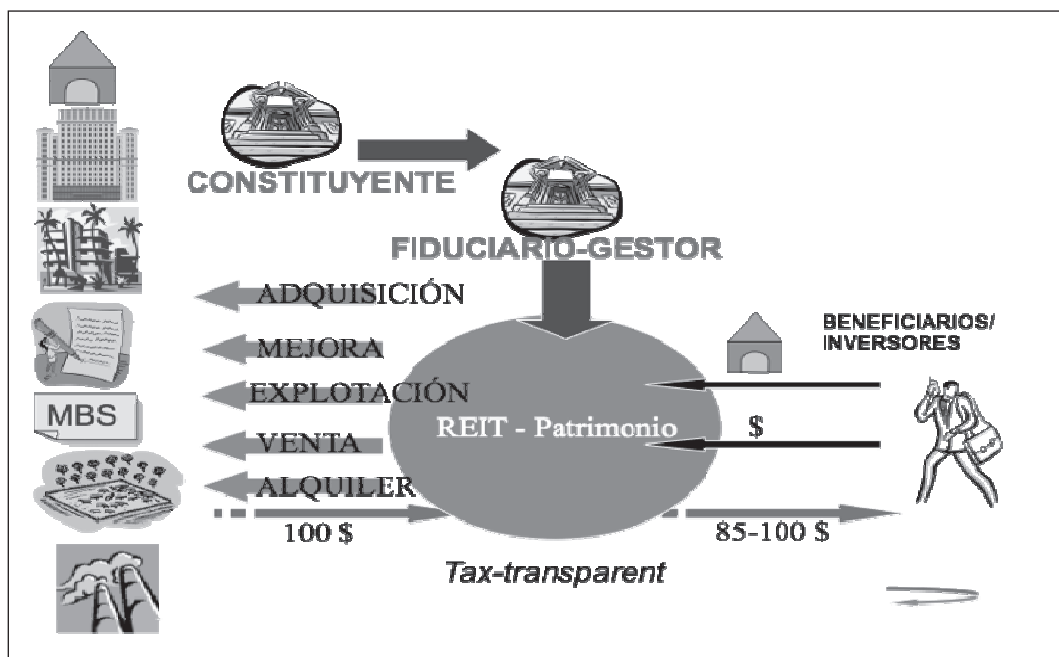
²⁸ Véase, sobre ella HOGAN, Joe, «Housing initiatives: the shared ownership lease and affordable housing», *Conveyancing & Property Law Journal*, núm. 83, 12(3), 2007.

²⁹ Véanse los datos en www.communities.gov.uk.

inversiones a largo plazo en propiedad inmueble (fincas), que distribuye la mayor parte de dichos ingresos anualmente y no paga impuestos por dichos ingresos provenientes de las fincas, los cuales se distribuyen»³⁰.

Atendiendo a esta definición, la estructura jurídico-privada de un REIT tipo fiduciario (*trust*)³¹ es la que se refleja en la **figura 4**³². En cambio, en un REIT tipo sociedad es la propia sociedad quien, cumpliendo los requisitos que le marca la ley para ser considerada REIT, realiza los negocios que se especifican en dicha figura.

FIGURA 4. Estructura ideal de un REIT tipo trust a nivel internacional.



FUENTE: Sergio NASARRE AZNAR, *Los REIT en Derecho Comparado*, Conferencia, «Seminario sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria», Granada, 24 y 25 mayo 2006.

Es decir, el constituyente, que suele ser una sociedad o una entidad financiera³³, se convierte en el *settlor* del REIT, nombrando a un fiduciario que se encargará de gestionarlo. El REIT se podrá

³⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax treaty issues related to REIT*, Public discussion draft, Centre for tax policy and administration, 30-10-2007, pág. 3.

³¹ Diversos son los trabajos ya publicados en nuestro país sobre el *trust* o los patrimonios fiduciarios. Véanse dos de los últimos en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid y Barcelona, 2006, Ed. Marcial Pons; y ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, Ed. Bosch.

³² De elaboración propia, en base a las explicaciones en NASARRE AZNAR, *La regulación de la fiducia* ..., pág. 657 a 665.

³³ Así sucede en EE.UU., según SCHWARCZ, Steven L., «Commercial trusts as business organizations: an invitation to comparatists», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 13-321, Special Issue, pág. 326.

dedicar a la compraventa de inmuebles, a la promoción y explotación de los mismos, incluyendo su alquiler. Toda esta actividad se puede realizar tanto en relación a la vivienda, como sobre propiedad comercial e industrial, créditos hipotecarios, valores hipotecarios y fincas rústicas. Todos los rendimientos obtenidos de estas operaciones (los frutos de la explotación, las plusvalías de las compraventas, las rentas de los arrendamientos) le dará al REIT una serie de ingresos periódicos (*cash flow*) que deberán ser repartidos obligatoriamente entre los participantes en el REIT (si es una sociedad es una acción, si es un *trust* lo que tienen son *interests*), los cuales habrán contribuido al REIT con su capital o aportando bienes inmuebles para su gestión. La distribución de estos beneficios debe ser de entre un 85% y un 100% (deduciendo la comisión por gestión que se quedará el fiduciario) de los beneficios generados por el REIT. Estas operaciones suelen ir acompañadas de una serie de limitaciones que aseguren, por un lado, un número de propiedades suficientes para asegurar la viabilidad del REIT y, por otro, unos límites que aseguren una pluralidad de partícipes (que eviten la concentración en unos pocos inversores).

El cumplimiento de todos estos requisitos se hace a nivel de *tests* que suele llevar a cabo la Autoridad Financiera de cada jurisdicción. Así, en EE.UU. —y miméticamente en cada uno de los países donde están presentes los REIT en relación con sus respectivas legislaciones— cada entidad que quiere ser REIT debe cumplir con los *tests*³⁴: de organización (*trust* o empresa), de propiedad (medidas para la generalización de la inversión en REIT), de activos (en qué debe el REIT invertir para conseguir los beneficios fiscales), de ingresos (el porcentaje mínimo que debe ingresar de su inversión en los inmuebles admitidos) y de distribución (cuánto se debe distribuir como mínimo entre los accionistas/partícipes). Estos *tests* marcan a nivel internacional la barrera entre un REIT y una sociedad o fondo inmobiliario que no lo es.

¿Y qué ventaja conlleva para una sociedad o para un *trust* ser calificada como REIT? La piedra de toque de los REIT, la que los hace especiales, interesantes en el mundo financiero³⁵, es su tratamiento fiscal preferente que posibilita que no satisfagan el equivalente a nuestro Impuesto sobre Sociedades (IS) a nivel de vehículo³⁶. De este modo, se simula que los auténticos adquirentes, gestores y explotadores de las fincas del REIT no es el REIT en sí mismo ni el fiduciario, sino que lo

³⁴ Todos los detalles en NASARRE AZNAR, *La regulación de la fiducia...*, pág. 660.

³⁵ De muy alta intensidad ha sido la campaña de *lobby* por parte de las promotoras y constructoras inmobiliarias en el Reino Unido que ha precedido la introducción de los UK REIT en la *Financial Act 2006*. La propia existencia de REITA (www.reita.org), como entidad que promueve los intereses de los REIT ingleses, al estilo de la NAREIT en EE.UU. (www.reit.com), demuestra la importancia de la industria en la admisión y posterior funcionamiento de la industria de los REIT. Sobre la importancia de la influencia de la industria del mercado inmobiliario en la legislación de los REIT en UK, véase CMS CAMERON MCKENNA, *Real Estate Investment Trusts Q&A*, abril 2007, pág. 10, en relación al posible incumplimiento por parte de un REIT de que no haya un accionista con 10% o más de las acciones/ingresos/votos: «Following considerable lobbying it was accepted that the existence of a shareholder with a 10% holding should not result in disqualification of the company from the REIT regime. Instead, if the REIT pays a distribution to a shareholder with a 10% or more holding (referred to in the legislation as a "holder of excessive rights" and in this briefing as an "excessive holder"), then some or all of the tax charge will not be imposed provided that the REIT has taken "reasonable steps" to avoid paying a distribution to an excessive holder». Sobre el *lobby* para los REIT alemanes, véase PETERSEN, Andrew, *Property investment funds – a realty opportunity? Part 1*, ponencia en Joint Fall CLE Meeting, Boston, 2004, American Bar Association Section of Real Property, trust & estate law, pág. 5 (puede hallarse en http://www.abanet.org/rppt/meetings_cle/joint2004/home.html).

³⁶ Sobre el régimen tributario de las SOCIMI, *vid. infra*.

son los inversores, de manera que ellos sí que tributan por los rendimientos que obtienen. Es una estructura denominada *pass-through*: tal y como van llegando los ingresos al REIT, pasan a través de él (deducidos gastos y comisiones) y se distribuyen. Este ventajoso tratamiento fiscal que llega hasta la completa exoneración del equivalente a nuestro IS a nivel de vehículo (REIT) está justificada porque el REIT suele favorecer la eficacia de diversas políticas públicas que suelen considerarse «deseables». Debemos destacar dos:

- 1.º En la mayor parte de jurisdicciones se espera que los REIT vertebren, impulsen y profesionalicen el mercado de inmuebles de alquiler. Así lo señala, como se ha dicho, el Considerando I de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009 para las SOCIMI españolas, como también la s. 103 (1) *Finance Act 2006* inglesa. En otras, además, se les permite hacer otras muchas operaciones con bienes inmuebles en sentido amplio (no sólo fincas, art. 334 CC), como las que hemos descrito en la **figura 4**. Esto es lo que sucede en EE.UU., donde el 91% de los REIT son *equity REIT*, es decir, invierten en inmuebles y sus ingresos vienen tanto de las rentas de los alquileres como de su negociación; el 7% son *mortgage REIT*, es decir, o bien prestan con hipoteca a los interesados en adquirir viviendas, o adquieren hipotecas de las entidades de crédito de manera que cobran los pagos de las amortizaciones, o invierten en valores hipotecarios (en EE.UU. típicamente, *mortgage-backed securities*); y el restante 2% son híbridos que se dedican a ambos tipos de operaciones ³⁷.
- 2.º Los REIT son vehículos que pueden favorecer el ahorro y la inversión colectiva en inmuebles, sin necesidad de tener grandes capitales y sin correr excesivos riesgos. Ambas cosas suelen suceder en la compra directa por parte del que quiere invertir en inmuebles: debe desembolsar la totalidad del inmueble (con recursos propios o con un préstamo) y su patrimonio depende desde entonces únicamente de las oscilaciones en el valor de ese inmueble. Esto es especialmente cierto en la coyuntura actual en la que se producen depreciaciones continuadas en los inmuebles ³⁸. Con un REIT, el capital necesario para invertir en inmuebles es menor (el precio de la acción en la sociedad o del *interest* en el *trust*). Además, el riesgo está diversificado: ya no se compra un inmueble concreto sino una participación en muchos de ellos que, bien equilibrados, compensan las bajadas en los precios de unos con las subidas de otros. Ambas cuestiones también están puestas de relevancia en el Considerando II de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009, la regulación española de la SOCIMI «está preferentemente dirigida al pequeño y mediano accionista, haciendo asequible la inversión en activos inmobiliarios de manera profesional, con una cartera de activos diversificada y disfrutando desde el primer momento de una rentabilidad mínima al exigir una distribución de dividendos de la sociedad en un porcentaje muy significativo».

Como ya se ha sugerido, este modelo ideal puede variar dependiendo de las jurisdicciones. Estas variaciones pueden estar relacionadas con los negocios autorizados para los REIT (sólo alqui-

³⁷ Datos extraídos de NAREIT, *Frequently asked questions about REIT*, 2007, www.reit.com. Véase **figura 6** infra.

³⁸ Según el Instituto Nacional de Estadística, *Índice de Precios de Vivienda (IPV)*. Base 2007 Cuarto trimestre de 2008, www.ine.es, 31-3-2009, la tasa interanual del índice del precio de la vivienda ha bajado un 5,4%.

ler vs. compraventa vs. negocio hipotecario); o con el modo de generalizar los inversores (limitando los dividendos y/o el porcentaje en el capital o de los votos del REIT al 9,9%, como en Gran Bretaña –S. 114 *Finance Act 2006*– vs. exigiendo al menos 100 accionistas como en EE.UU.³⁹ vs. ninguno en las SOCIMI españolas); o con la configuración jurídico-privada del REIT (forma societaria –UK– vs. *trust* vs. sociedad ad hoc como en España vs. ambas –Alemania y EE.UU.–); con los porcentajes de distribución de beneficios obligatoria; etc.

No es objeto de este trabajo analizar exhaustivamente el régimen de los REIT existentes en derecho comparado. De hecho, ya hay algunos estudios⁴⁰ que revisan la normativa de algunos *real estate investment trusts* en otros países y cuáles son sus requisitos y funcionamiento, especialmente en EE.UU., donde están presentes desde los años 60⁴¹.

No obstante, dos son las cuestiones que deben plantearse y resolverse: cuál es su implantación a nivel mundial y cuál ha sido o se prevé que sea su impacto en el mercado de vivienda en alquiler.

Así, sobre la presencia internacional (véase **figura 5**), debe señalarse que los REIT propiamente dichos están presentes en 21 países, con impacto (en número de vehículos y capitalización de mercado) diverso. En Europa cuentan con REIT Francia (FREIT; 2003), Bélgica (SICAFI, 1995), Holanda (FBI, 1969), Inglaterra (UK-REIT; 2006), Alemania (G-REIT; 2007) y Bulgaria (1994). En la **figura 5** puede observarse, aparte del liderato de EE.UU. tanto en número de vehículos como en volumen gestionado, cómo Francia, a pesar de tener legislación sólo desde 2003⁴², se ha situado en segundo lugar a nivel mundial (47 vehículos en 2009) y cómo Inglaterra es la quinta (20 vehículos en 2009) pese a tener legislación en vigor sólo desde 2007, el mismo año que Alemania, que se encuentra muy por detrás (2 vehículos en 2009). El resto de países europeos son Bélgica, con 15 vehículos en 2009, Holanda con 8 e Italia, que a pesar de admitir los REIT desde 2007, todavía no tiene ningún vehículo y Bulgaria que desde 1994 tiene 18 vehículos cuya capitalización de mercado es la más pequeña de la comparativa.

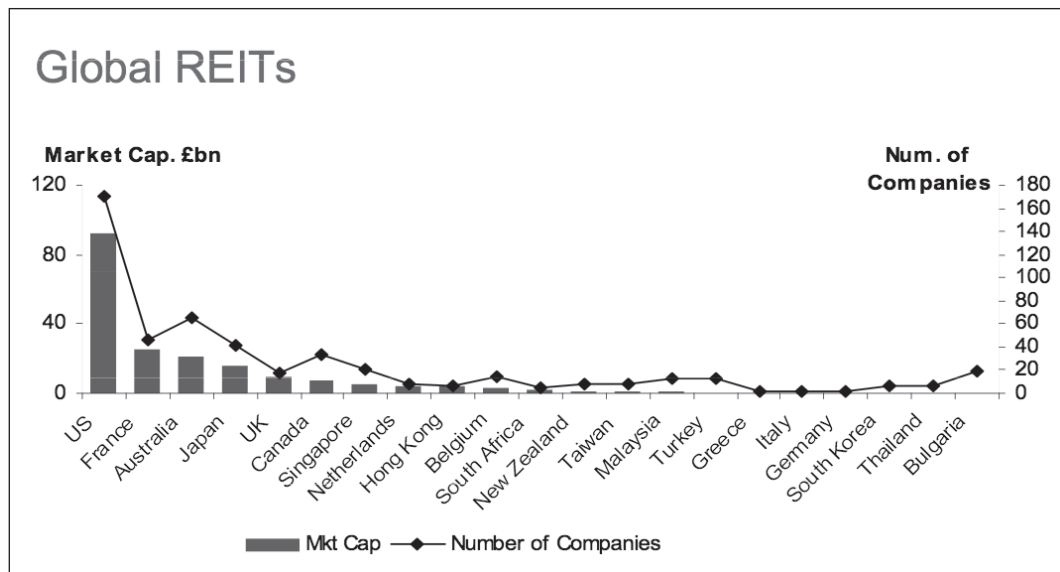
³⁹ S. 856 Internal Revenue Code (IRC).

⁴⁰ Para una tabla comparativa completa de todos los países en los que están presentes vehículos REIT o similares a REIT (*REIT-like*) nos remitimos a EPRA, *Global REIT survey*, diciembre 2008, Ernst & Young (www.epra.com).

⁴¹ Sobre Estados Unidos, ver NASARRE AZNAR, Sergio, *La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera*, en la obra colectiva MARTÍN GARRIDO y JOSEP M.^a FUGARDO (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, 2005, Ed. Bosch, págs. 651 a 687. Véase también sobre EE.UU. BOUDEAUX, Paul, *Reits and lessons to be learned from the United States credit crisis*, en ORTI VALLEJO, Antonio y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael (coords.), *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, Ed. Aranzandi-Thomson Reuters, págs. 345 y ss.

⁴² Australia tiene legislación desde 1970, Japón desde 2000, Canadá desde 1994 y Singapur desde 2002.

FIGURA 5. Capitalización de mercado por los REIT (en miles de millones de libras esterlinas) y número de REIT, por países.



FUENTE: Bloomberg, Macquarie Research, marzo 2009.

Sobre el impacto que han tenido o que se cree que puedan tener sobre el mercado de la propiedad inmueble en alquiler y de la vivienda en alquiler en particular, destacamos que los REIT en Italia tienen más beneficios fiscales si los inmuebles son vivienda, al tiempo que la propuesta en Finlandia de regulación de REIT es regularlos exclusivamente para el mercado de la vivienda⁴³. En Alemania, la mayoría de los inmuebles gestionados por los G-REIT son viviendas (más del 50%)⁴⁴.

En cualquier caso, a nuestro juicio, las cuestiones que se deberían valorar a la hora de introducir un REIT con finalidad de promoción de la vivienda en alquiler⁴⁵, atendiendo al derecho comparado, son los siguientes:

- Que estén configurados de tal manera que tengan capacidad para canalizar el ahorro individual, las inversiones en bienes inmuebles y para atraer capital extranjero.
- Si pueden conseguir que se realicen inversiones especialmente en viviendas en alquiler. Además, no todas las viviendas en alquiler son iguales: unas son para estudiantes, otras para jóvenes profesionales, para personas mayores, de carácter social (con subsidios), etc.

⁴³ CHARLS *et al.*, *REIT ...*, pág. 37.

⁴⁴ EPRA, *Global REIT survey*, ..., pág. 35.

⁴⁵ JONES, Colin, *The potential contribution of tax transparent investment vehicles to the housing system: a new horizons research project*, Summary Report, noviembre 2004, conclusiones.

- Si han tenido o pueden tener un impacto en la mejora de la calidad del mercado de la vivienda en alquiler, aumentando la oferta y la demanda.
- Si están o no especializados (ej., sólo hoteles o sólo centros comerciales).
- Qué es más ventajoso, ser un *trust* o una sociedad, es decir, si se autoriza que los *trusts financieros* (fondos) puedan optar por ser REIT o no.
- Si autorizan o no a recibir beneficios por negocios con inmuebles que no sean en alquiler.
- Si existe un régimen fiscal adecuado y, en compensación, una adecuada y suficiente distribución de beneficios entre los inversores del REIT.
- De dónde proviene el *stock* de viviendas que pueden ser incorporadas a los REIT.
- Para el buen desarrollo de los REIT también hacen falta suficientes inquilinos, es decir, personas interesadas en alquilar.

En consecuencia, a lo largo del trabajo haremos referencia al modelo ideal de REIT planteado (REIT internacional estándar de la **figura 4** supra), a los requisitos que se valoran internacionalmente en un REIT y haremos referencia a regulaciones comparadas concretas, entre las que destacamos, por su importancia económica o por su novedad, las siguientes:

- a) Para EE.UU., la S. 856 *Internal Revenue Code* (IRC) (US REIT).
- b) Para Inglaterra, *Finance Act 2006, sections (ss.)* 103 a 145 (UK REIT).
- c) Para Francia, el artículo 11 *Loi de finances pour 2003* ⁴⁶, que modifica el *Code Général des impôts*, autorizando a las *sociétés d'investissements immobiliers cotées* a convertirse en FREIT (French REIT) mediante el pago de una tasa de entrada en el nuevo régimen.
- d) Para Alemania, la *Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen* ⁴⁷ (G-REIT), con efecto retroactivo desde 1-1-2007 ⁴⁸.

Por último, debemos añadir que la *European Property Federation* ⁴⁹ lleva unos años impulsando la creación de un REIT Paneuropeo (el EU-REIT). En su último informe hasta el momento (2007) ⁵⁰ señala que tal vehículo es necesario porque: se están produciendo cada vez más distorsiones en la competencia entre los distintos REIT nacionales en la UE; la UE podría controlar y estabilizar mejor los mercados inmobiliarios nacionales; existe la necesidad de corregir la situación en que los ahorradores en pequeños países miembros no pueden acceder a invertir en buenas propiedades en su

⁴⁶ Ley núm. 2002-1575 de 30 diciembre 2002, *Journal officiel* núm. 304 de 31 de diciembre de 2002, pág. 22.035.

⁴⁷ BGBl I 2007, 914.

⁴⁸ Una revisión general de la configuración de los G-REIT y sus diferencias con los pre-G-REIT (estadio intermedio de una SA alemana para transformarse en REIT) puede verse en CLASSEN, Robert, «REIT und Vor-REIT – Gegenüberstellung der rechtlichen Ausgestaltung», *Betriebs Berater*, núm. 39, 2008, págs. 2.104 a 2.109.

⁴⁹ www.epf-fepi.com.

⁵⁰ EICHHOLTZ, Piet y KOK, Nils, *The EU REIT and the internal market for real estate*, noviembre, 2007, accesible en www.epf-fepi.com.

propio país o en otros; puede ser útil para evitar la fuga de compañías promotoras y constructoras a paraísos fiscales; y finalmente, generará la especialización de los REIT (muy necesaria, dada la experiencia en mercados maduros, como en EE.UU.) y la inversión en viviendas de protección oficial, pues ambas requieren adecuadas economías de escala. El modelo que se propone en el informe no implica una armonización tributaria ni tampoco en los dividendos que se deban repartir.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO-PRIVADO DE LAS SOCIMI EN LA LEY 11/2009

El artículo 1.1 de la Ley 11/2009 configura a las SOCIMI como una SA cotizada con especialidades. Estas especialidades son una serie de requisitos que deben cumplir para poderse acoger al, teóricamente más ventajoso que el ordinario, régimen fiscal especial de los artículos 8 a 13 de la Ley 11/2009 y que es comentado a partir del punto 6 del presente trabajo.

3.1. La forma organizativa.

Según lo dicho, sólo puede ser considerada SOCIMI una SA cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado oficial de valores (art. 1.1 Ley 11/2009; arts. 111 y ss. Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ⁵¹). Por eso es adecuada la remisión a la LSA y a la LMV en el artículo 1.2 de la Ley 11/2009.

Las SA cotizadas suelen coincidir con las SA abiertas, con mucho capital y con sus acciones difundidas entre miles de accionistas. Su regulación, dispersa, clama establecerles un estatuto jurídico propio ⁵². En principio, el requisito de sociedad cotizada debería ser incompatible con catalogar a la sociedad como cerrada (sociedades de pocos socios, con características personales relevantes, con cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones y en las que la junta general ejerce efectivamente de órgano soberano) ⁵³, de manera que las SOCIMI sólo pueden ser sociedades abiertas (*open-ended*).

No obstante, que sean sociedades abiertas no garantiza necesariamente que se cumpla la finalidad de generalización de la inversión en inmuebles, que es un objetivo perseguido por la Ley 11/2009 (Considerando II de su Exposición de Motivos: «esta figura está preferentemente dirigida al pequeño y mediano accionista, haciendo asequible la inversión en activos inmobiliarios de manera profesional»). Y esto es así porque en ningún momento en la Ley 11/2009 se hace referencia a la necesidad de que se mantengan un número mínimo de accionistas (solución EE.UU.) o a que un accionista no pueda acaparar cierto porcentaje significativo de las acciones o de los beneficios (solución en UK). Entendemos que para garantizar la generalización de la atracción de capitales a los inmuebles, es interesante una estipulación en uno u otro sentido o en ambos. Mientras tanto no queda completamente asegurada tal generalización por dos motivos:

⁵¹ BOE 29 julio 1988, núm. 181, pág. 23.405. Este Título X de la LMV fue añadido por la Ley 26/2003, de 17 de julio.

⁵² BROSETA PONT, Manuel (Ed. a cargo de Fernando MARTÍNEZ SANZ), *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 14.ª Ed., págs. 337 y 338; véase también SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 28.ª Ed. Cizur Menor, Ed. Thomson-Aranzadi, págs. 356 y 357.

⁵³ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones...*, pág. 356.

- a) El Real Decreto 1310/2005, de 4 noviembre ⁵⁴, derogó prácticamente todo el Capítulo V del Decreto 1506/1967, de 30 junio ⁵⁵, sobre Bolsas de Comercio (excepto lo referido a la permanencia), incluyendo lo que aquel Decreto requería adicionalmente para admitir a cotización a las acciones de una SA en su artículo 32. Entre ellas está «que existan al menos 100 accionistas con una participación individual inferior al 25% del capital» ⁵⁶. Sin embargo, mientras los mercados no hayan aprobado sus propias normas de admisión (disp. adic. 2.ª RD 1310/2005) y al no ser este requisito francamente contradictorio con el Real Decreto 1310/2005, deberá entenderse aún exigible (disp. trans. 3.ª RD 1310/2005) como norma más restrictiva del artículo 8.1 de la Directiva Consolidada de Admisión e Información ⁵⁷. No obstante, este requisito puede dejarse de exigir a criterio de los mercados organizados (bolsas) según sus propios intereses (a veces en conflicto, como hacer sus productos más competitivos, atraer emisores, proteger inversores, etc.), de manera que no se trata de un requisito que acompañará necesariamente al funcionamiento ordinario de las SOCIMI, sino que dependerá de los requisitos de cada mercado. Esta incertidumbre es aún más relevante cuando el artículo 4 de la Ley 11/2009 permite que la cotización de una SOCIMI pueda realizarse en un mercado de cualquier otro estado de la UE o del Espacio Económico Europeo.
- b) Y, aunque se estableciesen dichos requisitos de mínimos (100 accionistas y máximo de un 25% en manos de uno solo), nada garantiza que las SOCIMI acaben siendo sociedades con capital concentrado, es decir, con presencia de un grupo de accionistas que controlan la sociedad y otro no vertebrado y disperso, de manera que, aunque formalmente sean sociedades abiertas y cotizadas, funcionarían como cerradas ⁵⁸.

Solamente debemos añadir cuatro últimas consideraciones:

- Primera, que no hay motivo por el cual el legislador no se haya planteado crear unas SOCIMI netamente cerradas, con menos exigencia de capital, para poder así ayudar a entidades que normalmente gestionan numerosos inmuebles pero que no se encuentran entre las grandes inmobiliarias/constructoras de España ⁵⁹ a poderse convertir a SOCIMI, generalizando así la existencia de éstas y, por ende, del fomento de la propiedad en alquiler. Estamos pensando en las Cámaras de la Propiedad Urbana y organismos similares, cuya finalidad no sería negociar con los inmuebles que los propietarios les aportan, sino que consistiría en una gestión y explotación profesional de los mismos, revirtiendo la mayor parte de los rendimientos a los propie-

⁵⁴ BOE 16 noviembre 2005, núm. 274, pág. 37.440.

⁵⁵ BOE 15 julio 1967, núm. 168, pág. 10.008.

⁵⁶ Estos requisitos persiguen satisfacer la función de liquidez y existencia de un mercado secundario de acciones, garantizando una existencia constante de una parte sustancial del capital de dichas sociedades, según SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, «La admisión de valores a cotización oficial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 5, enero-marzo 1982, págs. 103 y ss.

⁵⁷ Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores. Véase, en este sentido, LÓPEZ BLANCO, Elías, *Condiciones de admisión a cotización y permanencia en los mercados regulados de acciones*, monografía núm. 30, junio 2008, Comisión Nacional del Mercado de Valores, pág. 22.

⁵⁸ VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, *Las sociedades de capital cerradas*, Cizur Menor, 2002, Ed. Thomson-Aranzadi, págs. 62 y 63.

⁵⁹ Sólo los grandes patrimonios inmobiliarios pueden desembolsar 15 millones de euros (art. 5 Ley 11/2009) sin recurrir al crédito y afrontar una reestructuración como la que requieren las SOCIMI, tal y como vienen previstas.

tarios, quienes, pasados unos años o llegada la condición pactada, deberían poder retirar los inmuebles aportados. El gestor de estas SOCIMI se beneficiaría de la comisión correspondiente y de poder gestionar el inmueble «como si fuese el propietario» (ej. sin necesidad de requerir la autorización de éste si hace falta una reforma; sería como una especie de *trustee* o fiduciario); el propietario, por su parte, sin perder prácticamente ingresos debido a que el REIT está obligado a distribuirlos prácticamente todos, los podría aumentar gracias a la economía de escala (no hace falta que sea él quien pague al industrial para hacer una reparación) y a la profesionalización de la gestión (se puede despreocupar). Tal y como están ahora pensadas las SOCIMI, todas estas posibilidades no pueden llevarse a cabo ni fácil ni eficientemente. Lo mismo podría suceder para las Administraciones Públicas interesadas en gestionar sus conjuntos inmobiliarios de protección oficial de una manera optimizada y profesionalizada.

- En la primera versión del Proyecto (de 19-12-2008) no estaba previsto que las Instituciones (por lo tanto, Sociedades –SII– y Fondos –FII–) de Inversión Colectiva Inmobiliaria pudiesen transformarse en SOCIMI. Teniendo en cuenta que la finalidad por la que éstos fueron creados es similar a la de las SOCIMI, era claro que el legislador debía darles esta opción que la propia industria demanda, aunque ello implicaría reestructurarlos como SA ⁶⁰. En la Ley 11/2009, en su disposición adicional 1.^a, se prevé dicha posibilidad y la contraria, es decir, que las SOCIMI puedan convertirse a su vez en FII, cumpliendo las reglas de la LSA y del artículo 25.3 de la Ley 35/2003. En cualquier caso, para el supuesto de los fondos, quedaría facilitada su transformación si se admitiesen y regulasen en nuestro Derecho los patrimonios fiduciarios (similares a los fondos), funcionando como REIT, pues son más adecuados que las sociedades en determinadas circunstancias ⁶¹.
- No parece que sean posibles estructuras de REIT en derecho comparado que entrañan más complejidad, como son los UPREIT ⁶², que facilitan la aportación de inmuebles por los socios, y los DOWNREIT.
- Si la generalización del alquiler se pretende que venga a través del número de inmuebles mínimo gestionado por los vehículos, no parece que la medida de obligar a tener al menos 3 inmuebles y que ninguno represente más del 40% del *pool* inmobiliario la SOCIMI del artículo 3.4 de la Ley 11/2009 sea suficiente, dado que 3 fincas es un número demasiado pobre y el 40% es demasiado laxo (una finca representando, por ejemplo, el 30% del *pool* también está lastrando una auténtica generalización del alquiler; de hecho el límite para los FII está puesto en el 35% en el art. 61.1 RD 1309/2005). Por los mismos motivos, pensamos, dichas medidas no son suficientes para una eficaz distribución del riesgo de los inversores.

3.2. El objeto social.

Tres son las actividades que pueden realizar las SOCIMI: adquirir y promover bienes inmuebles urbanos para su alquiler [arts. 2.1 a) y 3 Ley 11/2009], adquirir acciones de otras SOCIMI o de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias –novedad en la Ley 11/2009 que no aparecía en el Proyec-

⁶⁰ Diario *Expansión*, «Los fondos inmobiliarios estudian convertirse en REIT», 20-4-2009.

⁶¹ *Vid. infra*.

⁶² Se explican en NASARRE AZNAR, *La regulación de la fiducia ...*, pág. 661.

to de 2008— o de REIT [arts. 2.1 b), c) y d) Ley 11/2009] y «otras actividades accesorias» (art. 2.6 Ley 11/2009). Mientras las dos primeras actividades se consideran parte del «objeto social principal» (art. 2.1 Ley 11/2009), la tercera es «accesoria» (art. 2.6 Ley 11/2009). La norma determina que las rentas de las SOCIMI deben provenir, en un 80% (en el Proyecto de 2008 era un 85%) de las actividades principales, pudiéndose sólo dedicar el restante 20% a las actividades accesorias ⁶³ (arts. 2.6 y 3.2 Ley 11/2009, que también marcan las reglas de cálculo). Veamos los detalles de dichas actividades:

a) «**Adquisición y promoción de bienes inmuebles** de naturaleza urbana para su arrendamiento». Los detalles que especifica la Ley 11/2009 sobre esta actividad son los siguientes:

- Las SOCIMI pueden tanto promover como adquirir (indistintamente) los inmuebles para destinarlos a su arrendamiento, lo que invita a participar tanto a promotoras como a constructoras como a Sociedades Anónimas que simplemente se encarguen de adquirir bienes para arrendar, como pueden ser las inmobiliarias dependientes de las entidades de crédito. No existe referencia a si la promoción puede ser de viviendas de protección oficial (VPO) destinadas a alquiler, aunque no hay inconveniente en aceptarlo ⁶⁴; ello queda corroborado con la referencia a la vivienda pública del artículo 7 de la Ley 11/2009. De hecho, los REIT son, en derecho comparado, un buen instrumento donde adquirir viviendas protegidas y no protegidas, consiguiendo así diversificación, atrayendo capitales sobre inmuebles que, de otro modo, posiblemente no se invertirían así, y ayudando de este modo a conseguir políticas públicas, aunque, como hemos indicado, para la *European Property Federation* sólo puede ser una realidad a través de un EU-REIT. Según el artículo 2.4 de la Ley 11/2009 tanto para la actividad de arrendamiento como para la de promoción deberán llevarse contabilidades separadas para cada inmueble.
- Según el artículo 2.1 a) de la Ley 11/2009 (ninguna referencia se hacía a ello en el de 19-12-2008 pero sí en el de 26-6-2009) «la actividad de promoción incluye la rehabilitación de edificaciones en los términos establecidos en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido». La disposición adicional 2.^a de la Ley 11/2009 manda al Gobierno redactar una norma que defina qué son las «obras análogas» del artículo 20 de la Ley 37/1992.
- Entre esta actividad y la de adquirir acciones en otras SOCIMI o en el capital o el patrimonio de las entidades del artículo 2.1 de la Ley, la SOCIMI debe tener invertido el 80% del valor de su activo calculado según estipula el artículo 3.1 de la Ley 11/2009 ⁶⁵.
- Los inmuebles sobre los que se invierta pueden estar tanto en España como en el extranjero (art. 3.1.4 Ley 11/2009). Si estamos en el segundo caso, deben ser de naturaleza análoga a los inmuebles españoles ⁶⁶ y que no se encuentren en un paraíso fiscal ⁶⁷. Que las SOCIMI

⁶³ En el Proyecto de 2008 era el 15%.

⁶⁴ Artículos 7 y 26 del Real Decreto 2960/1976, de 12 noviembre (BOE 28 diciembre 1976, núm. 311, pág. 25.773).

⁶⁵ En el Proyecto de 2008 era del 85%.

⁶⁶ Lo que abre incertidumbre en varias situaciones: si los derechos admitidos en el 2.4 no equivalen exactamente a los derechos españoles, si en derecho extranjero se consideran inmuebles más cosas de las que no están prohibidas expresamente en el artículo 2.3 de la Ley 11/2009, si se van a admitir, por ejemplo, *mortgages* situadas en EE.UU. que sí pueden ser adquiridas por sus REIT, etc. Véase un poco más abajo sobre la naturaleza de los inmuebles admitidos en los artículos 2.3 y 2.4 de la Ley 11/2009.

⁶⁷ El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, determina los países o territorios calificados como paraísos fiscales (BOE 13 julio 1991, núm. 167, pág. 23.371).

puedan promover y adquirir inmuebles extranjeros puede ser criticado desde el punto de vista de que si ése es el caso no se estará potenciando el alquiler en España, una de las finalidades primordiales de la Ley. Pero, por otro lado, la presencia de inmuebles extranjeros puede contribuir a la diversificación de riesgos y a la creación de patrimonios inmobiliarios equilibrados en las SOCIMI. Debería pensarse en añadir una bonificación extra para fomentar que se trate especialmente de inmuebles en España y, especialmente, viviendas ⁶⁸, o bien limitar el porcentaje de inmuebles extranjeros que pudiesen adquirir las SOCIMI.

- Los inmuebles deben ser de naturaleza urbana y pueden ser también solares que se estén promoviendo para ser destinados al alquiler, siempre que dicha promoción se empiece en 3 años desde la adquisición del solar por parte de la SOCIMI (art. 3.1.1 Ley 11/2009).
- Los inmuebles deberán permanecer efectivamente arrendados durante al menos 3 años, siempre que hayan sido adquiridos por la SOCIMI; si han sido promovidos por ella, el plazo es de 7 años. No obstante, uno de esos años bastará con que los inmuebles «hayan estado ofrecidos en arrendamiento». El cómputo del inicio de los plazos se hará según el artículo 3.3 de la Ley 11/2009.
- Lo que acabamos de señalar quiere decir, también, que las SOCIMI pueden recibir ingresos de la compraventa de inmuebles, o bien que ya hayan adquirido o bien que promocionen ellas mismas, una vez transcurridos dichos plazos del artículo 3.3 de la Ley 11/2009 sin por ello incumplir sus obligaciones como SOCIMI. Ello no es nada extraño y, aunque a priori pueda parecer que conlleva rigidez en la negociación con las SOCIMI, lo cierto es que está al servicio de la finalidad principal de estas sociedades, que es promover los inmuebles en alquiler. Y, además, ello es el motivo por el cual reciben el beneficio fiscal y por ello también a cambio deberán distribuir al menos el 50% de los beneficios obtenidos [art. 6.1 b) Ley 11/2009]. Lo que no queda tan justificado es que el artículo 13 e) de la Ley 11/2009 no dé como consecuencia del incumplimiento de los plazos de 3 años y de 7 años la pérdida del régimen fiscal especial para lo que se haya podido obtener mientras el inmueble estuviese en propiedad de la SOCIMI ⁶⁹.
- Por último, debemos añadir que no todos los inmuebles pueden ser objeto de inversión de una SOCIMI para que le pueda contar en el porcentaje del 80% del artículo 3.1 de la Ley 11/2009 que hemos comentado (sí, en su caso, como actividad accesoria del art. 2.6). Naturalmente, debe partirse del concepto de bien inmueble del artículo 334 del CC, aunque no todo aquel listado se acepta a efectos de la Ley de las SOCIMI ⁷⁰. Según su artículo 2.4 deben ser «inmuebles adquiridos [...] en propiedad». De éstos se excluyen expresamente en el artículo 2.3 los bienes del artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, del Catastro Inmobiliario ⁷¹ (los «bienes inmuebles de características especiales» como aero-

⁶⁸ En esto último, al menos, parece haber reflexionado el legislador en la Ley 11/2009 en relación con el Proyecto de 2008, dada la bonificación fiscal prevista en el artículo 9.1.2 comentado *infra* en el IS de las rentas percibidas del alquiler de viviendas si la SOCIMI tiene en su activo más del 50% en viviendas.

⁶⁹ Más detalles en el apartado de tributación de las SOCIMI *infra*.

⁷⁰ *Vid.* *infra* sobre más bienes inmuebles del artículo 334 del CC.

⁷¹ BOE 8 marzo 2004, núm. 58, pág. 10.137.

puertos, presas, autopistas, etc.) y los que se cedan a un tercero en *leasing* (arrendamiento financiero). En cambio, quedan expresamente aceptados los siguientes bienes inmuebles que no son fincas físicas: el derecho de superficie, el derecho de vuelo o de subedificación, que estén inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia. También se podrán contabilizar los inmuebles adquiridos en *leasing* inmobiliario (art. 2.4 Ley 11/2009).

b) Sobre la **adquisición de acciones** en otras SOCIMI o participaciones en entidades análogas, como son las de los fondos y SII.

Parece razonable que, en las mismas proporciones que la explotación de los inmuebles en alquiler, las SOCIMI puedan adquirir acciones o valores equivalentes representativos de titularidad sobre un conjunto de bienes inmuebles destinados al alquiler (como pueden ser los *interests* en un REIT tipo *trust*, allí donde esté permitido).

Así, el artículo 2.1 b) de la Ley 11/2009 permite a la SOCIMI adquirir participaciones en el capital de otras SOCIMI o entidades similares (¿REIT?) ⁷² no residentes en España cuyo objeto social sea el mismo que aquéllas y cuyo régimen de distribución de beneficios también sea similar. En este punto, la Ley 11/2009 (ya en versión de Proyecto 26-6-2009) se ha separado del Proyecto de 19-12-2008. En éste, las sociedades en las que invierta la SOCIMI no debían tener participaciones en el capital de otras entidades diferentes de las establecidas en este apartado (se entendía, que excepto el 20% que se autoriza a cada SOCIMI según el art. 2.6), para evitar, entendemos, que la SOCIMI pueda incurrir en fraude de ley adquiriendo indirectamente activos no permitidos o realizando actividades no principales mediante una sociedad interpuesta (art. 6.4 CC), más allá del 20% al que están autorizadas por el artículo 2.6 de la Ley 11/2009. No obstante, esta limitación ha desaparecido en la Ley 11/2009.

Por su parte, el artículo 2.1 c) de la Ley 11/2009, permite que las SOCIMI puedan adquirir participaciones de otras entidades, residentes o no en España, que tengan como objeto social principal la adquisición de inmuebles urbanos para su alquiler, con régimen parecido de distribución y el mismo de requisitos de inversión del artículo 3 de la Ley 11/2009. En este caso, las sociedades en las que se invierta no pueden tener participaciones en el capital de otras entidades ni realizar promoción de bienes inmuebles y su capital, dividido necesariamente en participaciones nominativas, debe pertenecer a otras SOCIMI o sociedades no residentes a las que se refiere el artículo 2.1 b) de la Ley 11/2009.

Finalmente, como se ha dicho, es novedad de la Ley 11/2009 (respecto del Proyecto de 19-12-2008) que las SOCIMI puedan invertir, dentro de sus actividades principales, en acciones de Sociedades de Inversión Colectiva Inmobiliaria y en participaciones de Fondos de Inversión Colectiva Inmobiliaria, todo ello según el artículo 2.1 d) de la Ley 35/2003, más teniendo en cuenta la finalidad similar de las SII y los FII.

En cualquier caso, si son extranjeras, no deben ser residentes en paraísos fiscales y si tienen fincas fuera de España deben tener naturaleza análoga a las admitidas por la Ley, según lo que ya hemos comentado supra (art. 2.2).

⁷² Vid. supra e infra las considerables diferencias entre una SOCIMI y un REIT.

c) Sobre las **actividades accesorias**.

El artículo 2.6 de la Ley 11/2009 autoriza a las SOCIMI a dedicarse a «otras actividades accesorias», siempre que las rentas que de ellas obtenga sean inferiores al 20% del total. A ello debemos hacer las siguientes consideraciones:

- Es normal que una SA tan especializada en su objeto social como las SOCIMI pueda, para poder diversificar su riesgo e intentar maximizar o compensar beneficios (de las actividades accesorias) con pérdidas (de la actividad principal), dedicarse a otras actividades.
- No obstante, debería preverse que éstas actividades accesorias no supongan más riesgo en su conjunto que la actividad principal (ej. siguiendo los criterios de Basilea II y/o la calificación de las agencias de *rating*, finalmente reguladas a nivel europeo)⁷³, puesto que de lo contrario podrían ponerlo en peligro y, en consecuencia, los rendimientos que hubiesen obtenido los inversores de haberse dedicado la SOCIMI exclusivamente al objeto para el cual son concebidas. Pero dado que la estructura de una SOCIMI debe ser necesariamente societaria, los accionistas (que controlan la SOCIMI al no haber límite máximo de inversión) pueden presionar para buscar en dichas actividades más riesgo que les genere más beneficio, redundando en perjuicio de todos los accionistas y de la empresa. Esto es otra consecuencia de la imposibilidad de que se configuren como un trust como comentamos más abajo. Esto es especialmente importante con el incremento de porcentaje en actividades no principales experimentado ya en el Proyecto de junio 2009, y que se ha recogido finalmente en la Ley, con relación al de diciembre de 2008 (que era del 15%).
- Por último, entendemos que entre las «actividades accesorias» deberían diferenciarse entre las que están directamente relacionadas con la actividad principal (ej. la llevanza de un servicio de limpieza de las propiedades, de reparación de las mismas, etc., que redundan directamente en mejorar la actividad principal; éstas son actividades que normalmente pueden encontrarse en una REIT norteamericano, por ejemplo) de aquellas otras que nada tienen que ver con la actividad inmobiliaria principal. Respecto a las primeras, es lógico que pudiesen beneficiarse del trato fiscal preferente, mientras que el resto deberían tributar por el régimen general⁷⁴. Ésta es la solución, por ejemplo, en los REIT norteamericanos, dado que algunos de ellos ofrecen un servicio integral de promoción, alquiler y gestión y administración de inmuebles al disponer de un know-how muy especializado en todo el negocio inmobiliario.

3.3. La distribución obligatoria de los dividendos.

Éste es, en cualquier REIT internacional, el prerequisite necesario para poder tener beneficios fiscales. La *ratio legis* de cualquier REIT es que son los inversores los que, a través del REIT y con

⁷³ Reglamento núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las agencias de calificación crediticia de 16-9-2009 (DOUE de 17-11-2009, L 302/1), aunque lo que criticamos es que no se les de directamente responsabilidad civil por los daños que pueda causar un rating negligente, dejando esto para las legislaciones nacionales (Considerando 69).

⁷⁴ Nos remitimos infra al régimen tributario previsto para las SOCIMI. Ello podría conllevar en contrapartida que no tuviesen la obligación de distribución de las rentas provenientes de esos negocios no relacionados según las reglas del artículo 6 de la Ley 11/2009.

los beneficios que éste conlleva (esencialmente, la diversificación de riesgo al invertir en muchos inmuebles y la profesional y, muy común en mercados REIT maduros como el de EE.UU., especializada gestión de los mismos, optimizando así los ingresos), realmente están invirtiendo en los inmuebles y generalizando de este modo un alquiler de calidad. Es decir, pagan los impuestos aquellos que se llevan la gran mayoría de los rendimientos (ej., 95%) del REIT, lo que parece lógico.

No obstante, con el sistema de tributación de las SOCIMI españolas ⁷⁵ en las que se hace tributar al vehículo en lugar de a los inversores, al contrario de cualquier REIT en derecho comparado y no cumpliendo el concepto previsto por la OCDE de REIT ⁷⁶, la distribución de dividendos cobra otra dimensión: ya no tributan los que se llevan la mayoría de beneficios sino que lo hace el vehículo que, en teoría, debería ser una simple estructura *pass-through*. Ello nos hace cuestionar si las SOCIMI españolas son realmente REIT de segunda generación ⁷⁷ o si simplemente no son REIT ⁷⁸.

En cualquier caso, es el artículo 6 de la Ley 11/2009 el que se encarga de regular el modo de distribución de beneficios para los accionistas de las SOCIMI, anualmente y dentro del primer mes desde que se toma el acuerdo de distribución (art. 6.1 *in fine* Ley 11/2009). Y señala que ⁷⁹:

- a) Deberá distribuir a los accionistas de la SOCIMI al menos el 90% de los beneficios de las actividades que no procedan de la venta de inmuebles y participaciones en otras sociedades. También deberán distribuir el 90% de las rentas que se consigan debido a las actividades accesorias.
- b) También deberán distribuirse al menos el 50% de los beneficios obtenidos de la transmisión de los inmuebles y de las participaciones en otras sociedades análogas a las SOCIMI, que se habrán llevado a cabo tras transcurrir los plazos que marca el artículo 3.3 de la Ley 11/2009. El resto se deberá reinvertir en cualquiera de las dos actividades principales de las SOCIMI en el plazo de 3 años. Si la transmisión de los inmuebles o de las participaciones se hiciese dentro de los plazos obligatorios de 3 años y 7 años de tenencia de los inmuebles en alquiler (art. 3.3 Ley 11/2009), la SOCIMI deberá distribuir todos los beneficios obtenidos de dichas transmisiones.
- c) Y el 100% de los beneficios distribuidos por las participaciones que tiene la SOCIMI de las otras sociedades del artículo 2.1 de la Ley 11/2009. A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto 19-12-2008, en la Ley 11/2009 los beneficios de las rentas que correspondan al tipo general de gravamen no deben distribuirse obligatoriamente (art. 6.1 *in fine*), mientras que con el Proyecto de 2008 debían distribuirse el 100% de los mismos. Con ello, el legislador parece querer poner en relación el beneficio fiscal con la obligación de distribuir, lo que parece coherente. No obstante, el cambio realizado ya por el Proyecto 26-6-2009 y que acaba

⁷⁵ *Vid.* infra para los detalles.

⁷⁶ *Vid.* supra.

⁷⁷ Así lo declaró Jesús Gascón, Director General de Tributos, según VIÑAS, Jaume, «Las nuevas sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria tributarán al 18%», *Cinco Días*, 19-11-2008.

⁷⁸ Para más detalles, véase el apartado 6 de este trabajo.

⁷⁹ Estos porcentajes no han variado respecto del Proyecto de Ley de diciembre de 2008.

recogiéndose en la Ley 11/2009 podría conllevar que las SOCIMI apurasen las operaciones no beneficiadas fiscalmente (art. 9.3 Ley 11/2009) si los beneficios que les generan –porque con la Ley 11/2009 se lo quedan– son mayores que el beneficio fiscal que puedan obtener si se dedican más a las actividades bonificadas fiscalmente, lo que va en contra de su finalidad teórica de realizar sus actividades principales; si en cambio también están obligadas a distribuir los beneficios obtenidos de las operaciones no bonificadas fiscalmente, se les incentiva a que se centren en sus operaciones principales.

El máximo de reserva legal que pueden establecer las SOCIMI es del 20% del capital social (art. 6.3 Ley 11/2009).

3.4. La posibilidad de recurrir a financiación ajena.

Criticado por los *stakeholders* del mercado inmobiliario español fue el límite impuesto a las SOCIMI para que puedan recurrir a la financiación externa (*debt*) para realizar sus actividades señaladas por el artículo 7 Proyecto de 2008, que lo fijaba en el 60% del activo de la entidad (*equity*). Seguramente por ello, el Proyecto 26-6-2009 y luego la Ley 11/2009 ha acabado aumentando el nivel de endeudamiento de las SOCIMI al 70% (art. 7 Ley 11/2009).

No obstante, en nuestra opinión es necesario que los REIT y también las SOCIMI tengan limitado su acceso al préstamo, como lo demuestran los sucesivos límites al préstamo que se establecen tanto en Gran Bretaña como en Alemania, al menos por dos motivos:

- a) Posibilitar a las SOCIMI recurrir ilimitadamente al préstamo puede contribuir aún más a la inflación de los precios de la vivienda, dado que se podrán dedicar a adquirir, sin límite (sólo el que pacten la SOCIMI y las entidades de crédito), viviendas (y otros inmuebles urbanos) en el mercado, haciéndolas encarecer. En ningún caso, las SOCIMI deben coadyuvar al fenómeno del aumento incontrolado de la demanda generalizado que tan graves consecuencias está actualmente conllevando. Deben ser un operador vertebrador del mercado, no privilegiado por su fortaleza o vinculación con entidades de crédito.
- b) Las SOCIMI deben confiar fundamentalmente en las aportaciones iniciales de inmuebles, en los que se subrogan en éstos gracias a la reinversión obligatoria del artículo 6.1 b) de la Ley 11/2009 y en los que puedan aportar los socios a cambio de acciones para desarrollar adecuadamente su función vertebradora y dinamizadora del mercado inmobiliario de alquiler; es decir, *equity*. Un excesivo endeudamiento (recurso al *debt*) podría poner en peligro los beneficios que está obligado a distribuir entre los accionistas por deber costear los intereses de los préstamos o, en casos extremos, no poder hacer frente a su satisfacción ⁸⁰ (art. 6 Ley 11/2009).

Teniendo esto en cuenta, el aumento al 70% reflejado finalmente en la Ley no nos parece adecuado.

⁸⁰ Debe tenerse en cuenta que los accionistas son los que se llevan el beneficio residual de la SA, de manera que son los últimos en cobrar, tras satisfacer a los acreedores de la sociedad.

3.5. Otras consideraciones de carácter mercantil.

Según el artículo 5.1 de la Ley 11/2009, será necesario un capital social mínimo de 15 millones de euros para crear una SOCIMI.

Esto reafirma que las SOCIMI no están pensadas para ser sociedades cerradas⁸¹ que puedan servir para gestionar pequeños o medios conjuntos patrimoniales de inmuebles, a los que hemos hecho referencia supra.

A ello también coadyuva el artículo 5.2 de la Ley 11/2009 que se refiere a la utilización como capital inicial o como aportaciones posteriores a bienes inmuebles. Es decir, estarán en mejores condiciones de iniciar una SOCIMI aquellas entidades que, o bien, tengan facilidad de acceso al capital sea éste en forma de préstamo (a pesar de la coyuntura actual adversa) o no (ej., banca) o bien ya tengan un patrimonio inmobiliario considerable. En esta segunda opción caben los grandes promotores y constructores con muchas fincas que, aunque las promovieron para la venta, o bien aún no las han finalizado o bien no se han podido vender desde septiembre de 2007 y que han decidido colocarlas en alquiler, con posibles ayudas del ICO⁸². También tienen un rol relevante en esta segunda vía las entidades de crédito que han visto aumentadas las ejecuciones (reposiciones, en la jerga bancaria) hipotecarias y el descenso del *stream of cash* proveniente de los créditos hipotecarios, que está provocando una disminución importante de sus reservas de liquidez⁸³. Se encuentran, por lo tanto, con muchas fincas y con una imperiosa necesidad de liquidez. Colocar su patrimonio inmobiliario en una SOCIMI los ayudaría considerablemente⁸⁴.

Sobre la aportación de bienes inmuebles como capital (inicial o no) a una SOCIMI, hacemos las siguientes consideraciones:

- a) En algunos REIT cerrados en derecho comparado es importante la posibilidad de que pequeños propietarios de diversas fincas puedan confiar la gestión y explotación de las mismas al REIT, con la certeza de poderlas recuperar al cabo del tiempo o en determinadas circuns-

⁸¹ *Vid. supra.*

⁸² El Instituto de Crédito Oficial (ICO, www.ico.es) tiene ayudas a los promotores para financiarles la cancelación del «préstamo/crédito hipotecario promotor» de los pisos que se construyeron (y financiaron) para ser vendidos y que en el contexto actual deberán ser destinados al alquiler o al *leasing* inmobiliario; es la «Línea ICO-Vivienda», vigente hasta diciembre 2009.

⁸³ SEGOVIA, Eduardo, «La banca tendrá que «tirar» de beneficios este año: la morosidad se come las provisiones», *Cotizalia*, 28-4-2009, www.cotizalia.com, que se expresa en los siguientes términos: «A falta de conocer los de Santander, lo más llamativo de los resultados de las principales entidades financieras españolas es el auténtico desplome de la tasa de cobertura de la morosidad, es decir, de la proporción entre provisiones y mora. Si esta sigue creciendo a la impresionante velocidad actual, las dotaciones con que cuentan algunos bancos o cajas pueden agotarse este mismo año, lo que las obligará a "tirar" de los resultados para cubrirla. Y eso puede dejar las cuentas de más de una tiritando».

⁸⁴ De acuerdo con ello SEGOVIA, Eduardo, «El Gobierno crea un instrumento para que la banca coloque a sus clientes los inmuebles embargados», *Cotizalia*, 10-11-2008. De hecho, en marzo de 2009 nació «Ahorro Corporación Soluciones Inmobiliarias» (ACSI) (<http://www.ahorrocorporacion.com/accorp/iw/empresas.html>) una gran gestora de inmuebles embargados y aportados por 23 cajas de ahorros, que ha facilitado que dichas entidades cambien inmuebles (más pesados y poco líquidos) por participaciones en ACSI.

tancias. Además, se beneficiarían de la economía de escala en cuanto a los servicios comunes de mantenimiento de los inmuebles, publicidad, fama, etc. Si lo que se persigue es la vertebración y la profesionalización del mercado de alquiler, debería arbitrarse algún mecanismo con base en los artículos 38 y 39 de la LSA y 5.2 de la Ley 11/2009, en el que se garantice, sin dar lugar a dudas, esta posibilidad.

- b) Según el artículo 5.2 de la Ley 11/2009, los inmuebles deberán tasarse en el momento de la aportación por una tasadora de los artículos 3, 3 bis y 3 ter de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, reformada por la Ley 41/2007, para dar más transparencia a las entidades tasadoras y a la actividad de tasación, dados los abusos que se habían dado en este campo durante, al menos, los últimos 14 años (ej., connivencia o creación directa de tasadoras por parte de entidades de crédito) ⁸⁵.

Según los artículos 5.3 y 5.4 de la Ley 11/2009, sólo podrá haber una clase de acciones y en la denominación de las SOCIMI deberá constar que lo es.

4. LAS SOCIMI, LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA DE LA LEY 35/2003 Y LOS REIT

De todo lo dicho, ¿puede concluirse que, independientemente del tratamiento tributario que se estudia en el siguiente punto, las proyectadas SOCIMI españolas equivalen a los REIT en derecho comparado y podrán realizar, consiguientemente, sus mismas funciones? Y, ¿en qué situación quedan, especialmente, los FII de la Ley 35/2003? ⁸⁶

Comencemos por la segunda pregunta. Efectivamente, el artículo 35.1 de la Ley 35/2003 señala que «las IIC inmobiliarias reguladas en esta Ley son aquellas de carácter no financiero que tengan por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento». Por los datos que hemos aportado en este trabajo, no han cumplido su objetivo. Ya se ha comentado en otro lugar la naturaleza jurídica de los FII y su problemática estructural ⁸⁷, que resumimos en la **tabla 1**. Para más datos, aportar que:

- a) A finales de 2007 sólo existían en España 9 FII y 9 SII. No obstante, entre ambas sólo representaban, en patrimonio gestionado, el 3,4% del total de los activos manejados por

⁸⁵ Sobre la tasación inmobiliaria en la LMH, tras la Ley 41/2007, véase LEIRADO, Luis, *Las entidades de tasación (arts. 3, 4, 5 y 6 Ley 41/2007)*, en MUÑOZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.), *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, 2009, Edisofer.

⁸⁶ Desarrollada por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE 8 noviembre 2005, núm. 267, pág. 36.505). Un reciente trabajo sobre los FII puede hallarse en ORTI VALLEJO, Antonio y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael (coords.), *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, Ed. Aranzandi-Thomson Reuters.

⁸⁷ Son patrimonios tipo dominio, cuya estructura es de carácter paraafiduciario, en la cual quedan disociados los auténticos propietarios del fondo (los partícipes) de quien lo gestiona (la entidad gestora). Más detalles en NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 261, diciembre 2004, págs. 68 a 71.

la totalidad de fondos de carácter financiero. Y entre ellas, el patrimonio gestionado por los FII es el 96% del total, quedando el otro 4% para los SII, que han resultado ser mucho menos atractivos para la industria financiera y los inversores ⁸⁸ y es por ello que no hacemos referencia a ellos en este trabajo.

- b) Que en el contexto de crisis financiera actual, ni las SII ni los FII han sabido adaptarse ⁸⁹, ya que su crecimiento patrimonial en 2007 fue de un escaso 0,8% ⁹⁰, en consecuencia difícilmente se puede confiar en ellos como vertebradores del mercado de alquiler a pesar de las buenas intenciones del artículo 35.1 de la Ley 35/2003.

Y para ver la relación entre los REIT y las SOCIMI, en aras a explicar la primera de las cuestiones planteadas, también nos remitimos a la **tabla 1**.

⁸⁸ COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Informe anual 2007*, pág. 109, www.cnmv.es.

⁸⁹ El gran FII Banif solicitó en febrero 2009 suspender los pagos por dos años a los partícipes (GALLEGO, Javier, «Santander pide suspender el pago de un gran fondo inmobiliario por falta de liquidez», *El Mundo*, 16-2-2009).

⁹⁰ Véase nota 88.

TABLA 1. Comparativa entre REIT, FII y las SOCIMI de la Ley 11/2009.

REIT (modelo internacional estándar y en derecho comparado)	FII (Ley 35/2003)	SOCIMI
Finalidad	Su única finalidad es invertir en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (art. 56.1.1 RD 1309/2005). Es demasiado restrictivo.	El mismo que el de los FII (art. 1.1 Ley 11/2009), aunque de la Exposición de Motivos de la Ley puede concluirse alguna más.
Qué actividades pueden llevar a cabo	Pueden adquirir, vender, gravar, mejorar, explotar y arrendar. Todas ellas las pueden hacer los REIT en EE.UU., Australia y Francia; pero no los de Holanda y Bélgica. En Alemania, los rendimientos pueden venir sin restricciones de la venta de inmuebles. Gestión de los inmuebles: interna (EE.UU.) o externa (Australia). Las prohibiciones de disponer no son comunes en derecho comparado. Existen en Hong Kong (2 años), pero no en EE.UU., Japón, Corea, Australia o Canadá ⁹¹ .	Sólo pueden obtener rendimientos de los arrendamientos y de las participaciones en otras SOCIMI o análogas (art. 2.1 Ley 11/2009). Un 20% puede provenir de otras fuentes. Prohibiciones de disponer de 3 años y de 7 años (art. 3.3 Ley 11/2009). Gestión: el órgano de gobierno de la SA, quien seguramente externalizará el mantenimiento de inmuebles al no aportarle especiales beneficios fiscales.
En qué tipo de inmuebles pueden invertir	Derechos de propiedad, <i>leaseholds</i> (son arrendamientos de larga duración, que abren folio en el Registro), cualquier finca urbana o rústica. En Alemania, los ingresos por inmuebles deben representar el 75%. En mercados REIT maduros, algunos de éstos se especializan en determinados tipos de inmueble.	Bienes inmuebles urbanos en propiedad (art. 2.4 Ley 11/2009), derechos de superficie, vuelo y subedificación y en <i>leasing</i> inmobiliario. Algunas restricciones en bienes especiales. Todo ello debe representar-le un 80% de los ingresos. Es dudoso que un número de inmuebles mínimo de 3 y que ninguno pueda representar el 40% del total (art. 3.4 Ley 11/2009) sean suficientes requisitos para generalizar el alquiler.
		.../...

⁹¹ Según NWOGUGU, Michael, *Some securities law problems inherent in REIT*, Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877320, pág. 6.

.../...	Capital mínimo inicial: dependiendo del país, oscila entre los 18.000 euros y los 15 millones de euros (este último es el caso de Alemania). Naturaleza jurídica clara: o una sociedad (más arriesgada) o un <i>business trust</i> (más conservador). Así sucede ⁹² en Singapur, Japón y EE.UU. Sólo pueden ser <i>trust</i> en Hong Kong, Australia y Canadá. Y sólo sociedad en Corea, Alemania, Francia e Inglaterra [ss. 103 (1) y 142 (c) <i>Finance Act</i> 2006 y s. 170 (9) de la <i>Taxation Chargeable Gains Act</i> 1992, que incorpora en el concepto a las <i>building societies</i>].	Capital mínimo inicial: 9 millones de euros (art. 63.1 RD 1309/2005). Naturaleza jurídica poco clara: son unos fondos para fiduciarios, sin personalidad jurídica, pero «personificados» (?), donde los propietarios no gestionan y los no-propietarios gestionan (art. 38.3 Ley 35/2003 y art. 56.3 RD 1309/2005).	Capital mínimo inicial: 15 millones de euros (art. 5.1 Ley 11/2009). Naturaleza jurídica: son SA que cumplen determinados requisitos (art. 1.1 Ley 11/2009). No pueden ser estructurados en patrimonios fiduciarios, lo que les impide optimizar su actividad financiera conservadora a través de la forma societaria.
Conflictos de intereses	Los conflictos de interés se pueden producir entre: a) gestor-inversores. Mucho más paliado en un REIT tipo <i>trust</i> porque el <i>trustee</i> no tiene tanto interés en el residuo como los accionistas (<i>vid. infra</i>). b) entre inversores y arrendatarios de los inmuebles del REIT. La estructura del REIT favorece que los inversores puedan ser a la vez arrendatarios.	Conflictos de interés (art. 58.1 RD 1309/2005). Parte de la idea de conflicto entre la condición de partícipe y de beneficiario de los inmuebles. Esta precaución debería limitarse sólo a los partícipes institucionales, no a los particulares. Éstos podrían estar interesados en alquilar las viviendas en las que invierten. En cambio, sí tiene sentido las incompatibilidades entre la Sociedad Gestora del Fondo y los adquirentes o arrendatarios de los inmuebles (arts. 58.2 y 58.3 RD).	En ningún momento se hace referencia a incompatibilidad alguna. Hubiese sido deseable incentivar que los inversores particulares en las SOCIMI pudiesen ser arrendatarios de las fincas que forman parte del patrimonio de las mismas.
Inversión obligatoria y límites para recurrir al préstamo	EE.UU.: 75% inmuebles. La misma cifra está en Japón y el resto oscila entre la ausencia de restricciones en Australia a la obligación del 90% en Hong Kong ⁹³ . En Alemania es el 75%. Dependiendo de los modelos, hay límites para tomar prestado (Australia) o no (EE.UU., Holanda, Francia). En Alemania, el 45% de los recursos del G-REIT deben ser propios (<i>equity</i>).	El artículo 60.1 del Real Decreto 1309/2005 lo distribuye del siguiente modo: 70% en inmuebles. 10% en inversiones de liquidez. 20% Inversión en valores, artículo 36 del Real Decreto 1309/2005. Límite para tomar prestado (art. 59.2 RD 1309/2005): los saldos debidos no pueden superar el 50% del patrimonio del fondo.	80% inversión en inmuebles urbanos para alquiler o participaciones en otras SOCIMI o análogas (art. 3.1 Ley 11/2009). 20% cualquier otra actividad. Límite para tomar prestado: 70% del activo de la SOCIMI (art. 7 Ley 11/2009).
.../...			

⁹² Algunos datos extraídos de NWOUGU, «Some securities...», pág. 6.

⁹³ NWOUGU, «Some securities...», pág. 6.

.../...	Es habitual. También en la estructura de UPREIT que lo facilita: <i>Operating partnership</i> en la que son <i>partners</i> los propietarios de inmuebles, por un lado, y un REIT (que emite las participaciones) que es el capitalista.	Posibilidad de realizar las aportaciones con inmuebles o derechos reales sobre estos (arts. 62.3 y 63.2 RD 1309/2005).	También es posible según el artículo 5.2 de la Ley 11/2009, pero no incentivado especialmente.
Liquidación de rendimientos	Siempre hay un mínimo de beneficios a distribuir: Así en EE.UU., Alemania, Corea y Japón es del 90%, mientras que en Australia, Hong Kong y Singapur es del 100% ⁹⁴ . En cambio solo es el 85% en Francia.	No existe un mínimo a distribuir entre los partícipes del fondo.	En general, deben repartirse un 90% de los rendimientos de alquileres o de participaciones en otras SOCIMI o análogas. Y un 50% de los beneficios obtenidos por venta de inmuebles y participaciones (art. 6 Ley 11/2009).
Tributación	Principio de <i>tax transparency</i> internacional (ver también OCDE): Canadá, Australia, Corea, Francia, Alemania, Japón y Singapur. Sistema impositivo <i>pass-through</i> : tasa de salida (se puede distribuir temporalmente o diferir en EE.UU.; incluso eliminar si tienen inmuebles > 10 años) + no tributación a nivel de entidad. Los inversores son los que tributan según lo que obtengan.	El vehículo tributa al 1% con ciertos requisitos: 100 partícipes; objeto: arrendamiento fincas urbanas (100% actividad), con preferencia para algunas, como las residencias de estudiantes o de la tercera edad (al menos el 50%) (véase disp. final 2.ª RD 1309/2005 que altera el IS).	Al contrario que todas las REIT, saltándose la <i>tax transparency</i> y diversos principios tributarios (<i>vid. infra</i>), las SOCIMI pagan un 18% a nivel de entidad, mientras que los inversores no tributan nada por los rendimientos que obtengan.

FUENTE: *elaboración propia*.

⁹⁴ Datos en NWOUGU, «Some securities...», pág. 6.

De la tabla comparativa pueden extraerse los siguientes comentarios:

1. Aunque la Ley 11/2009 haya aumentado las posibilidades de **origen de los ingresos** de las SOCIMI respecto de lo que sucedía con los FII, sigue siendo más restrictivo que los REIT internacionales, como sucede con las normativas de permanencia de los inmuebles en su patrimonio de hasta 7 años, impidiendo que habitualmente pueda desprenderse del inmueble en una coyuntura favorable antes de transcurrido dicho periodo.
2. Ello es consecuencia de que las SOCIMI no se han **concebido** como unos vehículos tan polivalentes como los REIT internacionales. No parece que las SOCIMI hayan nacido para solventar la falta de vertebración (ej. no se prevé un número mínimo de inmuebles o que un solo inmueble no supere cierto porcentaje del activo de la SOCIMI; ambas medidas irían en pro de la generalización y vertebración del mercado inmobiliario de alquiler) y, en ocasiones, de profesionalización del mercado de vivienda en alquiler en España (muy atomizado, los propietarios de varias viviendas no son profesionales especializados, etc.); tampoco que estén pensadas para dar herramientas con mayores potestades jurídicas a Cámaras de la Propiedad Urbana; o incluso para ayudar a optimizar la gestión de la VPO a las Administraciones Públicas, tal y como ya se ha comentado antes. En EE.UU. existen numerosos REIT especializados en construcción, gestión y explotación de tipos de inmuebles concretos, como hospitales, prisiones u hoteles⁹⁵. No parece que tal grado de especialización y de multiplicidad de servicios estuviera en la *mens legislatoris* de la Ley 11/2009. Es más, para los FII se opta por la mayor diversificación posible, mientras que se guarda silencio con las SOCIMI sobre el número mínimo de inmuebles que deben componer su patrimonio y sobre si tienen que representar como máximo un valor en el conjunto patrimonial.
3. En relación a los **tipos de bienes** en los que las SOCIMI pueden invertir, vemos cómo han incorporado algunos inmuebles del artículo 334 del CC que no estaban en la legislación de los FII, pero han retirado otros, como las concesiones administrativas o cualquier derecho real que pueda darse en arrendamiento, como el usufructo. Tampoco se prevé que puedan invertir en cédulas hipotecarias y los demás valores del mercado hipotecario, sin necesidad de tener que recurrir al 20% de libre disposición lo que, hemos dicho, sería beneficioso para la refinanciación de las entidades de crédito. Los REIT internacionales ponen menos barreras en los activos en los que se puede invertir e incluyen hipotecas y valores hipotecarios o, incluso, fincas rústicas.
4. Sobre la **forma corporativa**, tanto en EE.UU. como en Gran Bretaña la consideración de REIT es un *overlay*⁹⁶, es decir, un revestimiento, una característica de carácter tributario de una sociedad y/o de un *trust*. En España, aunque la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009 pueda llevar a equívoco, el artículo 1.1 deja claro que son SA con algunos requisitos. Como comentamos *infra*, sería muy deseable que se regulasen en nuestro derecho los patrimonios fiduciarios⁹⁷ y

⁹⁵ Sobre la importancia de los REIT para el desarrollo hotelero en EE.UU., véase SINGH, Arjun J., «The evolution of innovative debt and equity structures: the securitisation of US lodging real estate finance», *Briefings in Real Estate Finance*, vol. 2, núm. 2, pág. 149.

⁹⁶ NWOUGUGU, «Some securities...», pág. 11.

⁹⁷ Véase ARROYO I AMAYUELAS (coord.), *El trust ...*, sobre las ventajas y dificultades. Anotar simplemente dos cuestiones: primero, que Cataluña se dotó en 2006 de un Anteproyecto de Ley sobre patrimonios fiduciarios que no prosperó; y segundo, que existen en nuestro ordenamiento jurídico numerosas cripto o parafiducias que implican una alternación de

que, en consecuencia, las SOCIMI pudiesen estructurarse como tales. De esta forma los FII podrían optar por ser SOCIMI, pero sin necesidad ni de ser ni de convertirse en SA, lo que no es posible ahora a tenor de la disposición adicional 1.^a de la Ley 11/2009 (que requiere que la conversión cumpla con la LSA).

5. La **inversión obligatoria** es necesaria para entender el porqué se consigue un beneficio fiscal para esta actividad: para la promoción de la propiedad inmueble en alquiler. Los recursos que deben dedicar REIT en derecho comparado, los FII y las SOCIMI son similares. Se echa en falta alguna medida que incentivase aún más que estos inmuebles fuesen viviendas (veremos la suficiencia de la «innovadora» –respecto de la versión del Proyecto de 2008– medida del art. 9.1.2 Ley de la 11/2009), si realmente se pretende una mejora y generalización del mercado de la vivienda en alquiler, como sucede para las residencias de estudiantes y de la tercera edad en los FII. Además, es característica internacional que los REIT se financien mediante *equity*, es decir, recursos propios obtenidos de la explotación de los inmuebles. De manera que, aunque no esté presente en todos los países, un **límite en lo que pueden tomar prestado** es adecuado. Sobre la **repartición de beneficios** obligatoria mínima, nuestras SOCIMI están al nivel medio internacional; no así los FII, los que los descalifica como REIT.
6. Con relación a poder participar e invertir en una SOCIMI **aportando inmuebles**, aunque está permitido no está especialmente facilitado, especificando, por ejemplo, la obligación de devolución del mismo inmueble a quien lo aportó transcurrido un determinado periodo de tiempo, durante el cual la SOCIMI se ha beneficiado de su tenencia en su patrimonio y el aportante se ha beneficiado de una gestión profesional, optimizada y de economía de escala en la explotación de sus inmuebles, al tiempo que ha diversificado el riesgo de no haberlos podido alquilar o de no haberlos podido alquilar óptimamente por sus propios medios. Por la estructura de *trust* de algunos REIT esta posibilidad es más plausible.
7. Sobre los gravámenes impositivos, avanzamos que existen grandes diferencias entre las SOCIMI y el resto de REIT a nivel internacional. Si su tributación es mejor o no en relación a éstos y a los FII –lo que es un elemento clave para su éxito– se trata en el Punto 6.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Las conclusiones a las que llegamos según todo lo dicho hasta el momento son las siguientes:

1. Las SOCIMI **no tendrán un impacto importante en el porcentaje de vivienda en alquiler** si no se cumplen cuatro requisitos: primero, que **haya entidades que quieran (o puedan) convertirse en REIT**; segundo, que consigan **atraer suficientes inversiones al mercado**

las reglas del derecho civil tradicional y que provocan inseguridad: ¿qué es un fondo?, ¿quién es responsable por sus deudas y hasta cuánto?, ¿qué derechos tienen los partícipes en fondo?, ¿cómo se declaran en concurso? Cada una de estas fiducias tiene su propia regulación y no es uniforme para todas ellas, además de carecer de la normativa general del CC en caso de problemática.

inmobiliario de alquiler; tercero, que haya una **mayor demanda de vivienda en alquiler** (en principio, la coyuntura actual, debería facilitarlo); y, cuarto, que provoquen la **expansión de la oferta de vivienda en alquiler**, es decir, que sea de calidad y a precios razonables ⁹⁸.

2. El elemento que coincide y unifica los cuatro requisitos ⁹⁹ es que se consiga una **adecuada legislación** de las SOCIMI que sea acorde con el objetivo que se persigue: la promoción de la vivienda en alquiler. El presupuesto del que hemos partido es que **haya entidades que estén interesadas en crear/convertirse en SOCIMI**. De hecho, antes de la aprobación definitiva de la Ley, la industria promotora/constructora española no había acogido con demasiado entusiasmo el Proyecto ¹⁰⁰. Los motivos, cuya base puede aplicarse mutatis mutandis a la Ley 11/2009, habían sido los siguientes:

- a) Sobre qué es un REIT y quién lo puede llegar a ser. Como ya hemos comentado supra la Ley 11/2009 se refiere, en su Exposición de Motivos, a que se trata de un «nuevo tipo de sociedades mercantiles», mientras que el artículo 1.1.1 de la Ley 11/2009 se refiere a «especialidades del régimen jurídico» de las SOCIMI, pasando al 1.1.2 a referirse a que «tienen la consideración de SOCIMI aquellas sociedades anónimas cotizadas cuyo objeto social principal sea el establecido en el artículo 2 de la presente ley» y demás requisitos. Por lo tanto, no queda claro si realmente se trata de un *overlay* tributario sobre unas sociedades ya existentes o que puedan crearse con determinados requisitos, como en EE.UU. y en Gran Bretaña o si se trata realmente de un nuevo tipo de SA.
- b) Los gastos de transformación y de reestructuración de sociedades o FII actuales para adaptarse a la normativa SOCIMI. Por otra parte, existe el límite del recurso al préstamo, que aunque lo consideramos adecuado, puede verse como una barrera para promotores y constructores. No obstante debe pensarse, y más en la coyuntura actual de problemas de liquidez, que los REIT pueden ser adecuados mecanismos para que constructores, promotores y propietarios puedan conseguir capital mediante *equity* o recursos propios, como sucedió en el resurgimiento de los REIT en EE.UU. en los 90 tras su importante crisis financiera ¹⁰¹.
- c) La flexibilidad o la rigidez en la gestión del vehículo que se ofrezca en la normativa SOCIMI y gastos de adquisición del *know-how*.
3. De este modo, las SOCIMI tienen que ser **capaces de atraer capitales**, es decir, inversores. Para poderlo hacer deben darse los siguientes requisitos:
- a) Ser lo más flexible posible. Ello debe quedar reflejado tanto en la estructura del vehículo (debería admitirse el formato «fondo» o fiduciario), como en quién y cuántos pueden participar como inversores. Su objetivo debe ser generalizarse tanto como entidades (que

⁹⁸ En este mismo sentido JONES, *The potential contribution...*, sección 5.24.

⁹⁹ Sin perjuicio de que paralelamente se puedan tomar las medidas administrativas, tributarias, civiles o procesales que se crean convenientes, según ya explicamos en el primer apartado de este estudio.

¹⁰⁰ LIEDO, Manuel, «SOCIMI: el REIT español en el punto de mira del sector inmobiliario», Jornadas *Nuevas formas de financiación para las empresas inmobiliarias*, Universidad Autónoma de Madrid, enero 2009, *in toto*.

¹⁰¹ SINGH, *The evolution...*, pág. 149.

no pase como las inexistentes SII y los escasos FII) como en número y calidad de inversores. Esto no lo consigue la Ley 11/2009 española porque no sólo no permite la estructura fiduciaria (o al menos permitir a los FII reconvertirse en SOCIMI, como sucedió en Francia en 2003; ello debería poderse hacer sin perder el carácter no-societario de los fondos, lo que simplifica su gestión, aunque debería aclararse su naturaleza admitiendo los patrimonios fiduciarios)¹⁰², mucho más adecuada a la finalidad de los REIT, sino que tampoco pone medidas para generalizar el tipo y la cantidad de accionistas. De hecho, medidas restrictivas están también presentes en Canadá, Australia, Corea y Alemania (en ambos cada inversor no puede tener más del 10%), Japón y Singapur, además de en EE.UU. y UK; sólo Hong Kong carece de una medida similar¹⁰³.

En este punto debemos insistir en la especial importancia de la imposibilidad en España de utilizar **patrimonios fiduciarios** para llevar a cabo estructuras y operaciones financieras¹⁰⁴. Dejando ahora aparte la conveniencia de su regulación¹⁰⁵, para el caso específico de los REIT podemos observar cómo la forma societaria no es necesariamente la más conveniente ni, desde luego, es la mejor opción que sea la única posible en nuestro país. Esto es así por los siguientes motivos:

- La creciente importancia que tiene el *business trust* como vehículo financiero en los negocios internacionales¹⁰⁶. No poderlo utilizar implica no poder competir en condiciones de igualdad con las jurisdicciones que lo tienen regulado o, incluso, lo reconocen. Un ejemplo de esto último son las dificultades para poder inscribir un *trust* extranjero en nuestro país en el Registro de la Propiedad, sea de la naturaleza que sea (*charitable, business, familiar*), especialmente después de la declaración de nulidad por la STS 31-1-2001¹⁰⁷ de los párrafos 2 a 5 del artículo 11 del Reglamento del Mercado Hipotecario (Decreto 14-2-1947)¹⁰⁸.
- Que la elección entre *trust* y sociedad está, a la postre, en manos del operador jurídico-económico que valorará la adecuación de cada estructura a sus finalidades, así como los costes de creación y transformación, las características innatas a cada estructura como su regulación básica, su tratamiento fiscal y concursal y comprobarán para qué han sido usados (así tanto en el ámbito de los REIT como en el de la titulación

¹⁰² Véase a continuación una explicación sobre esta conveniencia.

¹⁰³ NWOGUGU, *Some securities...*, pág. 6.

¹⁰⁴ La profesora Estela RIVAS forma parte del proyecto I+D del Ministerio que lleva por título «La fiducia y el *trust* en el contexto internacional de Iberoamérica y España. Convergencia e integración jurídico-financiera», SEJ2006-07633JUR, dirigido por el Dr. Ángel URQUIZU CAVALLÉ.

¹⁰⁵ NASARRE AZNAR y GARRIDO MELERO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios...in toto*.

¹⁰⁶ Reconocido tanto por SCHWARCZ, Steven L., «Commercial trusts as business organizations: an invitation to comparatists», *Duke Journal of Comparative & International Law*, Herbert Bernstein Memorial Issue, 2004. Puede hallarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=394608>, pág. 321. También por SITKOFF, Robert H., «Trust as "uncorporation": a research agenda», *Law and Economics Research Paper Series*, RP núm. 05-13, *University of Illinois Law Review*, 2005, pág. 31. Véase también la sugerente pregunta que realizan HANSMANN y MATTEI en HANSMANN, HENRY y MATTEI, Ugo, «The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis», *New York University Law Review*, núm. 73, 1998, pág. 473.

¹⁰⁷ BOE 2-4-2001.

¹⁰⁸ BOE 16-4-1947, núm. 106.

de activos e hipotecaria ¹⁰⁹, el *trust* tiene un importante rol ¹¹⁰). Se evidencia de nuevo que no poder disponer de él es asumir un excesivo coste de (falta de) oportunidad.

- En relación a las diferencias concretas entre un *trust* y una sociedad debemos remarcar: primero, que el *trust* debe ser configurado expresamente como una entidad independiente (*bankruptcy-remote*) para poderse igualar a la sociedad en el ámbito concursal; segundo, que los *business trusts* son entidades más estáticas dado que sus gestores son más pasivos; tercero, que mientras el beneficio residual cuando se reparten beneficios en las sociedades es de los accionistas –quienes están entonces más incentivados a exigir negocios más arriesgados para ganar más– en los *trusts* lo es el constituyente del *trust* (la sociedad que lo ha creado), quien ya ha cobrado por transmitir los activos al vehículo y no espera recibir excesivos beneficios residuales (de manera que los fiduciarios o gestores del *trust* pueden ser más conservadores, es decir, hacen prevalecer el mantenimiento del valor del patrimonio); cuarto, en consecuencia, sus costes de gestión son menores, a los que se les añade una estructura más sencilla que una sociedad, con menos requisitos ¹¹¹.
- Por lo tanto, dada la naturaleza y la finalidad de los REIT, incluyendo en este caso a las SOCIMI, el modelo de *business trust* puede ser muy conveniente atendiendo a: primero, los requisitos de permanencia de los inmuebles en la SOCIMI (3 y 7 años), de manera que se tiende a una gestión conservadora; segundo, la importante confianza en un flujo de capital constante proviniendo de los inmuebles incorporados a la SOCIMI (no tanto en las plusvalías de las compraventas), es decir, una gestión no arriesgada; tercero, la falta de riesgo se refleja en los límites legales para acceder al préstamo externo; cuarto, la propia gestión de la SOCIMI en el mantenimiento de las propiedades, el cobro de los alquileres, etc., también implican la necesidad de un vehículo más estable; quinto, dada la sencillez de un patrimonio fiduciario, sus costes generales son menores; y sexto, si la finalidad principal es la promoción de la propiedad inmueble en alquiler (sobre todo vivienda) y la promoción del ahorro público seguro y diversificado sobre inmuebles, teóricamente el vehículo más adecuado no es una sociedad (persigue intereses privados, maximizar el beneficio, etc.) sino un vehículo que consista en la vinculación de una serie de inmuebles a esas finalidades, es decir, un *trust*.

b) La flexibilidad debería venir también conforme al derecho que realmente puedan ser titulares las SOCIMI para la explotación de los inmuebles. El artículo 2.1 a) de la Ley 11/2009 se refiere únicamente a «arrendamiento». A ello dos comentarios:

- Tal y como sucede en EE.UU. y como está previsto que pueda suceder en Gran Bretaña ¹¹², hay una parte del mercado en alquiler que está protegido (VPO). Podría ser interesante el arbitrio de mecanismos expresos para facilitar que los SOCIMI puedan incorporar en sus patrimonios vivienda protegida en alquiler. Esto podría ser intere-

¹⁰⁹ NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron-Walden (UK), 2004, Gostick Hall Publications (hoy Oxford University Press).

¹¹⁰ Véase estas consideraciones en SITKOFF, *Trust as...*, pág. 45.

¹¹¹ Algunas de estas características pueden hallarse en SCHWARCZ, *Commercial trusts...*, págs. 328 a 333.

¹¹² JONES, Colin, *The potential contribution of tax transparent investment vehicles to the housing system: a new horizons research project*, Summary Report, noviembre 2004, conclusiones.

sante no sólo desde el punto de vista de la diversificación sino también de consecución de políticas públicas al ver cómo la vivienda protegida en alquiler puede atraer inversores siempre que quede incorporada en un *pool* suficientemente diversificado.

- Qué sucede con aquellos otros derechos que un propietario puede disponer en favor de otro de manera que éste pueda tener el uso en exclusivo del inmueble y aquél reciba a cambio una renta, además de ser mecanismos que, aunque no tan extendidos como los arrendamientos, puedan (con o sin la debida reforma legislativa) dar cumplimiento al artículo 47 de la CE. Estos derechos pueden ser de naturaleza diversa y confieren derechos de diversa naturaleza a las partes en la relación jurídica, a su conveniencia. Estamos pensando en el derecho real de usufructo, el de uso y el de habitación, así como la enfiteusis modernizada al estilo de los *leaseholds* en el *common law* (arts. 467, 523 a 529 y 1.628 y ss. CC). De hecho, la doctrina ¹¹³ y la jurisprudencia ¹¹⁴ inglesas admiten que puedan tener el beneficio fiscal de los REIT también los ingresos obtenidos por derechos de explotación de la finca (en contraposición con los que se obtendrían por la disposición de la misma), diferentes del arrendamiento, como las *licenses* (véase la s. 107 *Finance Act 2006*).

c) Comportar ventajas fiscales reales ¹¹⁵, en comparación con otras alternativas que aunque las tengan no han tenido el éxito que de ellas se esperaba (ej. SII y FII).

d) Ofrecer las máximas garantías a los inversores: diversificación de activos, minimizando el riesgo. Este requisito debe compensarse y ponerse en relación con la finalidad principal por la cual funcionan y se conciben los REIT, que es la promoción de la vivienda en alquiler. Así, la diversificación debería poderse hacer en los siguientes ámbitos:

- Inversión diversificada de vivienda en alquiler en España e internacionalmente. Es interesante que la Ley 11/2009 prevea tal posibilidad, puesto que ayuda a una inversión diversificada geográficamente en el riesgo. No obstante, si la preocupación es que no se dinamizará tanto el alquiler en España, podría primarse éste dando algún incentivo fiscal adicional o limitar, como se ha dicho, la inversión en inmuebles extranjeros.
- Auténtica generalización de la inversión en vivienda en alquiler y mitigación del riesgo estableciendo mínimos de inmuebles a tener por la SOCIMI más exigentes (sólo 3 según el art. 3.4 Ley 11/2009) y porcentaje de representación de uno de ellos en el total del patrimonio de la SOCIMI no tan laxo (permitido que un inmueble pueda representar hasta el 40% del patrimonio, según el mismo precepto).
- Diversificación entre vivienda en alquiler y otros tipos de propiedad inmueble en alquiler ¹¹⁶. Para ello, naturalmente, el REIT debe distraer recursos que estarían destinados a la adquisición y explotación de viviendas en alquiler. No obstante, ésta es precisamente la vía adecuada de aproximación: en un mercado de alquiler tan deficiente como el nues-

¹¹³ CMS CAMERON MCKENNA, *Real Estate...*, pág. 9.

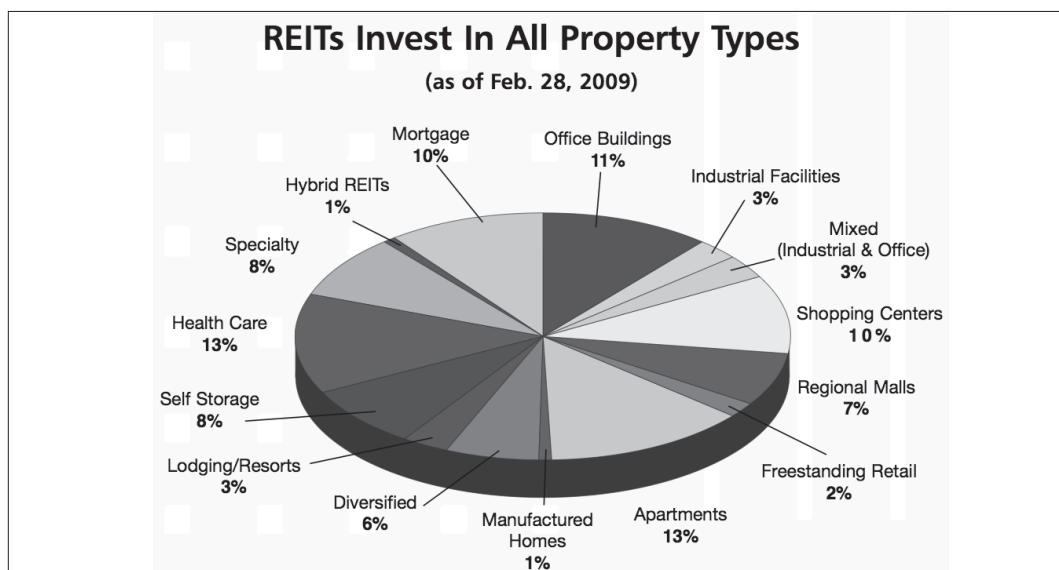
¹¹⁴ Se referencia en CMS CAMERON MCKENNA, *Real Estate...*, pág. 9, la aceptación de la *license* en el caso de Big Yellow Group PLC.

¹¹⁵ Véase apartado 6.

¹¹⁶ Ésta es una petición de la industria promotora-constructora española según LIEDO, *SOCIMI: el REIT ...* pág. 6.

tro, el objetivo principal (y principal incentivo) de las SOCIMI debería ser el mercado de la vivienda en alquiler y sólo si es necesario para diversificar el riesgo o para aumentar el rendimiento de los inversores deberían poder invertir en el alquiler de inmuebles de otra naturaleza. La excesiva laxitud con la que está explicitado el artículo 2.1 a) de la Ley 11/2009 («adquisición y promoción de bienes de naturaleza urbana para su arrendamiento») puede provocar que las SOCIMI se concentren especialmente en el alquiler comercial (que tiene más éxito que el de vivienda en nuestro país; ej., locales en centros comerciales, hoteles) más que en el de vivienda, frustrándose una de las finalidades principales para su creación. De hecho, la **figura 6** muestra cómo los patrimonios de los REIT en EE.UU. tienen un alto componente de viviendas.

FIGURA 6. Tipos de inversiones de los REIT en EE.UU. a fecha de 28-2-2009.



FUENTE: NAREIT, *The REIT Story*, 2009, pág. 1.

- También es muy relevante la diversificación entre inversiones directas en inmuebles [adquisición o promoción, lo único autorizado por el artículo 2.1 a) de la Ley 11/2009] y en «otros» inmuebles que no son necesariamente fincas, con las restricciones del artículo 2.3 de la Ley 11/2009, y en los otros inmuebles que no lo son propiamente (ya explicadas con relación al artículo 2.4 de la Ley 11/2009) ¹¹⁷. Como se evidencia en la **figura 6**, el 10% de los activos de los REIT estadounidenses están invertidos en derechos de hipoteca. De hecho, el listado de inmuebles lo marca, para todo nuestro sistema jurídico, el artículo 334 del CC (véase también el art. 184.3 LSA). Entre ellos destacar a los créditos hipotecarios y las concesiones administrativas del artículo 334.10 del CC, como ya hemos comentado. La adquisición de créditos hipotecarios podría provocar una colaboración entre SOCIMI y entidades de crédito en tanto que éstas se beneficia-

¹¹⁷ Vid. supra, para los comentarios de ambos preceptos.

rían mediante una disminución del riesgo del crédito, que lo asumiría la SOCIMI, lo que puede ser adecuado para la refinanciación de aquéllas. Por su parte, la SOCIMI estaría adquiriendo activos de gran solidez y garantía como son los créditos con garantía hipotecaria sobre inmuebles y ello le puede ayudar a su vez a diversificar su propio riesgo (añade a activos directamente relacionados con alquileres, como son los arrendamientos, activos vinculados con el dominio); además, los créditos hipotecarios también conllevan un *cash flow* permanente y, en cierto modo, previsible y colabora con la inversión en inmuebles. Por su parte, autorizarlos a incorporar concesiones administrativas también puede ayudar a llevar a cabo políticas públicas (la que corresponda al contenido de la concesión), al tiempo que también es una línea de *cash* más o menos estable ¹¹⁸. A su admisión coadyuva, por analogía, el artículo 56 del Real Decreto 1309/2005.

- Además, aparte de todo lo dicho hasta ahora, sería muy conveniente que nuestro legislador reconsiderase la posibilidad de que nuestras SOCIMI pudiesen invertir en valores hipotecarios (cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, bonos de titulización hipotecaria y certificados de transmisión de hipotecas, según tanto la LMH como la reciente Ley 41/2007 ¹¹⁹), tal y como se ha mostrado en el modelo ideal en la **figura 1** y como sucede en EE.UU. Ello no sólo ayudaría a la SOCIMI y a sus inversores a diversificar riesgos, sino que su adquisición implicaría ayudar a la adecuada refinanciación de nuestras entidades de crédito, lo que revertiría en un mercado hipotecario de operaciones de préstamo de mejores condiciones.

e) Liquidez de las acciones sobre las SOCIMI. Ello queda, en principio, garantizado por su obligatoria cotización en un mercado regulado. No obstante, la «peculiaridad» (especialmente por lo que se refiere a su régimen tributario) de nuestras SOCIMI en relación con el resto de REIT mundiales puede levantar, en un principio, desconfianzas entre los inversores si la ventaja fiscal no es muy clara respecto a éstos. También lo puede frenar la falta clara de máximos de acumulación de acciones en una misma persona, a diferencia de la mayoría de regulaciones en derecho comparado.

A nuestro juicio, sólo si se consiguen todos estos aspectos, las SOCIMI podrían ser unos atractivos vehículos para fondos de pensiones o compañías de seguros, que van en busca, sobre todo, de seguridad, pero algo más de rentabilidad que la deuda pública. Este fenómeno también ayudó al florecimiento de los REIT en EE.UU. tras su crisis financiera de finales de los 80 ¹²⁰.

4. Sobre la suficiente **oferta de calidad de viviendas en alquiler**. Si las SOCIMI hubiesen incorporado las mejoras necesarias que apuntamos, ello hubiese podido dar lugar a una oferta más amplia y de más calidad de vivienda (y de otros inmuebles) en alquiler porque habría conseguido atraer capitales a la tierra: incentivo adicional para invertir –adquirir y promocionar– en vivienda en alquiler en España, estructura fiduciaria posible, que sea posible aportar inmuebles por parte de los inversores con vocación de recuperarlos, tributación adecuada, etc. Adicional-

¹¹⁸ De hecho, ésta ha sido una petición ya de las promotoras-constructoras españolas, como Metrovacesa; puede verse en LIEDO, *SOCIMI...*, pág. 7.

¹¹⁹ Véanse, para conocer la nueva regulación de algunos de ellos tras la Ley 41/2007, los comentarios en MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado...*

¹²⁰ SINGH, *The evolution...*, pág. 149.

mente, para ello deberían admitirse expresamente e incluirse dentro del régimen fiscal especial SOCIMI todas las prestaciones que la SOCIMI se verá obligada a realizar, directa o indirectamente, como sucede en EE.UU., para el mantenimiento, cuidado y mejora de los inmuebles que conforman su patrimonio ¹²¹. Una cuestión adicional es determinar de dónde puede provenir en un momento inicial un *stock* suficiente de vivienda en alquiler en un país con tan escasa oferta actual como el nuestro. Ya hemos señalado, aparte de que los titulares (personas físicas y jurídicas) de diversas fincas se vean suficientemente incentivados para incorporarlas a la SOCIMI, que deben arbitrase los mecanismos suficientes para que el actual parque de viviendas que se promovieron para su venta, se alquilen profesionalizadamente a través de las SOCIMI ¹²².

5. Sobre la **demanda de viviendas en alquiler**. Una oferta amplia y de calidad atraerá a los necesitados de vivienda que prefieran optar por la flexibilidad que les da una buena vivienda de calidad en alquiler (ej., mayor movilidad geográfica, más asequible, más capital disponible para otros deseos, como viajes, etc.). Para ello, como en EE.UU. ¹²³, los inquilinos deben conseguir estabilidad (deben potenciarse los alquileres de larga duración), precios asequibles y casas de calidad por el coste que les supone, es decir, conseguir vivir en una casa o zona a la que no podrían acceder de no ser en alquiler. Para ello hará falta posiblemente que prospere algún cambio adecuado y de más calado que los operados hasta el momento en la LAU y en la LEC que dé más garantías tanto a inquilinos como a propietarios. A mayor abundamiento, hubiese sido deseable incorporar en la Ley 11/2009 alguna medida incentivadora para que los inversores en las SOCIMI pudiesen ser a la vez inquilinos de las viviendas y demás inmuebles que éstas tuviesen, lo que coadyuvaría aún más a la generalización y atracción de capitales hacia el alquiler

6. LA TRIBUTACIÓN DE LA SOCIMI

Se puede llegar a ser una SOCIMI por dos vías diferentes:

- Crear directamente una SOCIMI (cumpliendo todos los requisitos de la misma).
- O bien convertir una sociedad preexistente en una SOCIMI. Por ejemplo, una SII, un FII o una SA ordinaria dedicada al arrendamiento de viviendas pueden pasar a transformarse en una SOCIMI ¹²⁴, siempre que cumplan los requisitos comentados en los apartados anteriores.

¹²¹ Ésta es otra petición razonable de la industria promotora-constructora española, según LIEDO, *SOCIMI: el REIT ...* pág. 7.

¹²² Ya hemos hecho referencia supra a las ayudas ICO en este sentido.

¹²³ JONES, Colin, *The potential contribution of tax transparent investment vehicles to the housing system: a new horizons research project*, Summary Report, noviembre 2004, conclusiones.

¹²⁴ Esta posibilidad se ha recogido expresamente en la Ley 11/2009 de tal forma que se regula la transformación de sociedades anónimas cotizadas de inversión en el Mercado Inmobiliario en Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias y viceversa. La causa de la inclusión de esta pasarela jurídica la encontramos en las diferentes enmiendas al Proyecto de Ley de 19-12-2008, como son:

a) La enmienda núm. 2 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds que proponía añadir una nueva disposición transitoria primera en referencia a la transformación de entidades de arrendamiento de viviendas en SOCIMI, cuya razón de ser es tal y como esgrime el grupo parlamentario «el Gobierno creó el régimen especial de sociedades de alquiler de viviendas y, entiendo, que algunas de las sociedades que actualmente se acogen a este régimen puedan encontrar en el régimen de SOCIMI un marco más adecuado para sus actividades o un régimen fiscal más acorde con su estructura de propiedad».

Ahora bien, una vez que la entidad haya optado por este sistema, se le aplicarán las reglas de las SOCIMI tanto a la sociedad como a sus socios, es decir, existe una *vis atractiva* sin que exista la posibilidad de que convivan los dos sistemas en una misma SOCIMI ¹²⁵.

Dicha opción de tributar como una SOCIMI por el régimen especial a efectos del IS deberá adoptarse por la Junta General de Accionistas de la sociedad, y deberá comunicarse a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) del domicilio de dicha sociedad. La fecha para poderlo hacer es antes de los tres últimos meses previos a la conclusión del primer periodo impositivo que resulte de aplicación. Y este régimen especial se aplicará en el siguiente periodo impositivo a dicha comunicación y en aquellos que concluyan con posterioridad, siempre y cuando no se renuncie al mismo ¹²⁶. Ahora bien, si se comunica con posterioridad a este plazo de tres meses, implicará que en dicho periodo impositivo no se podrá optar por el régimen especial, y se tributará por el régimen general del IS.

Además, cuando exista una entidad ¹²⁷ que tribute por el régimen general y se convierta en una SOCIMI (tributando por el régimen especial del IS), será necesario tener en cuenta el artículo 12 de la Ley 11/2009 que determina una serie de reglas de tributación:

1. Las bases imponibles negativas que estuvieran pendientes de compensar en el momento de aplicación del régimen especial de la SOCIMI se podrán compensar con las rentas positivas obtenidas en los periodos impositivos posteriores igual que en el régimen general ¹²⁸.
2. La renta que derive de la transmisión de inmuebles en propiedad de la entidad con anterioridad a la aplicación del régimen especial de la SOCIMI realizada en periodos en que es de aplicación este régimen, se entenderá obtenida ¹²⁹ de forma lineal durante todo el tiempo de posesión del inmueble transmitido.

- b) La enmienda núm. 45 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) proponía añadir una nueva disposición final tercera, sobre la transformación de sociedades anónimas cotizadas de inversión en mercado inmobiliario en Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria y viceversa.
- c) La enmienda núm. 53 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso consideraba que se tenía que añadir una disposición final en referencia a la transformación de Instituciones de Inversión Colectiva en SOCIMI.
- d) La enmienda núm. 126 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) proponía una disposición final nueva sobre la transformación de SOCIMI en Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria y viceversa y afirma «Las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria podrán transformarse en sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (...), y éstas en aquéllas, mediante el cumplimiento de la normativa prevista en la LSA y en el apartado 3 del artículo 25 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y sus normas de desarrollo. Reglamentariamente se regulará el proceso jurídico de transformación».

¹²⁵ Esta posibilidad también aparece regulada en la disposición adicional primera de la Ley 11/2009.

Véase FALCÓN y TELLÀ, Ramón, «El nuevo régimen fiscal especial de las SOCIMI o S-REIT», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núms. 1 y 2, 2009 (BIB 2009/24).

¹²⁶ Véase el artículo 8 de la Ley 11/2009.

¹²⁷ Como ya hemos indicado, puede ser una sociedad ordinaria (SA o SL, con un objeto social o no relacionado con el arrendamiento de bienes inmuebles que tributa en el régimen general o especial del IS) o una sociedad de inversión inmobiliaria, aunque las SOCIMI son siempre SA.

¹²⁸ Regulado en el artículo 25 del TRLIS (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 61, de 11 de marzo, pág. 10.951).

¹²⁹ Salvo prueba en contrario.

Además, la parte de la renta que sea imputable a los periodos impositivos anteriores (es decir, al régimen general del IS) se gravará aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario anterior a la aplicación del régimen fiscal especial de la SOCIMI ¹³⁰.

3. Las deducciones de la cuota íntegra que aún estén pendientes de aplicar se podrán deducir en la SOCIMI en los términos generales del TRLIS ¹³¹.

También hay que tener presente, tal y como indica la disposición transitoria 1.^a de la Ley 11/2009, que se permite la aplicación de régimen de la SOCIMI aun cuando no se cumplan los requisitos exigidos, siempre y cuando se cumplan dentro de los dos años siguientes a la fecha de opción de aplicación de dicho régimen especial. Es decir, se está flexibilizando la entrada a este régimen, a pesar de no cumplir con los requisitos que caracterizan a las SOCIMI. Esta situación implica que se hace más complejo que un tercero quiera invertir en dicha sociedad, ya que tendrá que saber si es una SOCIMI completa o una SOCIMI en transformación/formación (a pesar de que puede consultar el Registro Mercantil). Del mismo modo, la norma determina que si una vez pasado este tiempo no se cumpliesen los requisitos, la sociedad deberá pasar a tributar por el régimen general del IS, de manera que deberá proceder al abono de las cantidades deducidas injustamente, sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y/o sanciones pertinentes, tanto la sociedad como el socio participante ¹³².

Hemos de indicar en este apartado que la tributación en este régimen especial de SOCIMI es incompatible con algunos de los regímenes especiales del IS (del Título VII del TRLIS), tales como son ¹³³:

- Las agrupaciones de interés económico (españolas y europeas) y uniones temporales de empresas.
- Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda.
- Las sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional.
- Las instituciones de inversión colectiva.
- El régimen de consolidación fiscal.
- El régimen de la minería.
- El régimen de la investigación y explotación de hidrocarburos.
- El régimen de las empresas de reducida dimensión.
- Las empresas de tenencia de valores extranjeros.
- Las entidades parcialmente exentas ¹³⁴.

¹³⁰ Este mismo criterio se aplicará a las rentas procedentes de la transmisión de las participaciones en otras sociedades a que se refiere el artículo 2.1 de la Ley 11/2009, así como al resto de elementos del activo de la entidad.

¹³¹ Regulados en el Título VI de dicho texto normativo.

¹³² Respecto a las consecuencias de los socios inversionistas, véase dicha disposición transitoria de la Ley 11/2009.

¹³³ Artículo 8.3 de la Ley 11/2009.

¹³⁴ Según el artículo 9.3 del TRLIS son básicamente:

- Las comunidades titulares de montes vecinales en mano comunes.
- Las entidades navieras en función del tonelaje.
- Las entidades deportivas.

Sin embargo, el régimen especial del IS de la SOCIMI sí que es compatible con tres sistemas especiales del IS:

- Las fusiones, escisiones, aportaciones de activo, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la UE.
- El régimen de transparencia fiscal internacional.
- Y el de determinados contratos de arrendamiento financiero.

Si examinamos el supuesto contrario, es decir, el régimen de salida (cuando existe una SOCIMI que quiera deshacerse de tal condición), deberá aplicar las siguientes reglas, a efectos de su liquidación del IS ¹³⁵:

1. Las bases imponibles negativas que estuvieran pendientes de compensar procedentes de periodos impositivos en los que la entidad era una SOCIMI, se compensarán con las rentas positivas obtenidas en los periodos impositivos en que la sociedad pase a tributar por otro régimen distinto ¹³⁶, igual que en el régimen general ¹³⁷.
2. Las bases imponibles que se correspondan con beneficios no distribuidos por la SOCIMI en los periodos impositivos en los que tenía esta forma jurídica se integrarán en la base imponible del primer periodo impositivo en el que la sociedad pase a tributar por otro régimen fiscal distinto.

Excepto en el supuesto en que se distribuyan estos beneficios en el último periodo impositivo en que sea una SOCIMI, de tal forma que sí que se aplicará el régimen fiscal especial de la misma ¹³⁸.

- a) Las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas.
- b) Los colegios profesionales, las asociaciones empresariales, las cámaras oficiales y los sindicatos de trabajadores.
- c) Los fondos de promoción de empleo constituidos al amparo del artículo 22 de la Ley 27/1984, de 26 de julio sobre reconversión y reindustrialización (BOE núm. 180, 28 de julio, pág. 22.068).
- d) Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que cumplan los requisitos establecidos por su normativa reguladora.
- e) La entidad de derecho público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

¹³⁵ Véase el artículo 12 de la Ley 11/2009.

¹³⁶ Ya sea el régimen general o bien puede ser cualquiera de los regímenes especiales del IS regulados en el Capítulo IV del Título VI del TRLIS.

¹³⁷ Véase el artículo 25 del TRLIS.

¹³⁸ En este caso tendrá que distribuir todos los resultados con los requisitos y el plazo que marca el artículo 6 de la Ley 11/2009. Si no se distribuye el beneficio en este plazo de tiempo de 6 meses después de la conclusión del periodo impositivo, se aplicará el régimen fiscal general en el periodo impositivo correspondiente a este ejercicio.

3. La renta derivada de la transmisión de inmuebles en propiedad de la SOCIMI al inicio del periodo impositivo en que dicha entidad pase a tributar por otro régimen fiscal (realizada en periodos en que es de aplicación este otro régimen) se entenderá generada de forma lineal (salvo prueba en contrario) durante todo el tiempo de propiedad del inmueble transmitido.

La parte de dicha renta imputable a los periodos impositivos en los que era una SOCIMI se gravará como régimen fiscal especial, siempre y cuando se distribuya en forma de dividendos la totalidad del beneficio imputable en el plazo establecido en el artículo 6.1 de la Ley 11/2009 (es de seis meses después de concluido el periodo impositivo), siendo aplicable a esos dividendos el régimen fiscal especial regulado en el artículo 10 de la Ley 11/2009 respecto la tributación de los socios ¹³⁹.

4. Las deducciones de la cuota íntegra que aún estén pendientes de aplicar se deducirán en los términos generales del TRLIS ¹⁴⁰.
5. La renta generada en la transmisión de participaciones del capital de entidades, realizada en periodos impositivos en los que no sea de aplicación las mismas del régimen fiscal especial de la SOCIMI, estará sujeta al régimen fiscal general del IS que corresponda según la naturaleza del socio ¹⁴¹.

Finalmente, la ley regula una serie de causas que conllevan la pérdida de este régimen especial de la SOCIMI ¹⁴²; esto implica que la sociedad pasará a tributar por el régimen general del IS en el periodo impositivo en que se den alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El incumplimiento de los requisitos que marca el la Ley 11/2009 para ser considerada una SOCIMI.
- b) Que se excluya de la negociación en mercados regulados.
- c) Que se produzca el incumplimiento de las obligaciones de información ¹⁴³.
- d) La falta de acuerdo de distribución y pago (ya sea total o parcial) de los dividendos ¹⁴⁴.
- e) Se renuncie a su aplicación.

Ahora bien, la Ley 11/2009 permite que se subsanen estas deficiencias en el ejercicio siguiente y no por eso se pierde el régimen fiscal especial de la SOCIMI.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que en el supuesto de que en el primer periodo impositivo en el que la sociedad deje de tributar como SOCIMI adquiere la condición de dependiente de un grupo que tributa en régimen de consolidación fiscal, no serán objeto de eliminación los dividendos distribuidos anteriores.

¹³⁹ Este mismo criterio se aplicará a las rentas procedentes de la transmisión de las participaciones en otras entidades a que se refiere el artículo 2.1 de la Ley 11/2009.

¹⁴⁰ Regulados en el Título VI del TRLIS.

¹⁴¹ Repárese que el socio puede ser persona física residente en territorio español que tributará por IRPF; persona jurídica residente en territorio español que tributará por IS; o persona física o jurídica no residente en territorio español y que tributará por el IRNR.

¹⁴² Artículo 13 de la Ley 11/2009.

¹⁴³ Del artículo 11 de la Ley 11/2009.

¹⁴⁴ Con las condiciones que regula el artículo 6 de la Ley 11/2009.

Sin embargo, como se ha dicho, en el supuesto de que no se mantengan arrendados los bienes inmuebles que están en el activo de la SOCIMI durante al menos 3 años (o de 7 años si es promovido por la sociedad) ¹⁴⁵ no implica perder este régimen fiscal especial. Si bien sí que conlleva que no se aplique el tipo de gravamen especial de la SOCIMI del 18%, sino que se aplicará el del 12% (o del 15% si son rentas parcialmente exentas) más las rentas generadas por dichos inmuebles y los intereses de demora correspondientes, y esta renta tributará al tipo general del 30% del IS ¹⁴⁶. Es decir, el incumplimiento de esta obligación civil tiene consecuencias tributarias ¹⁴⁷.

Por último, hay que tener presente que la pérdida del régimen fiscal especial implica que no se puede optar de nuevo por su aplicación, mientras no haya transcurrido el plazo de 5 años desde la conclusión del último periodo impositivo en que fue de aplicación dicho régimen.

6.1. La tributación de las SOCIMI en el IS.

La tributación de la SOCIMI, a efectos del IS, se encuentra en los artículos 8 y 9 de la Ley 11/2009 y se trata de un régimen fiscal especial y diferente, al cual solamente pueden optar las siguientes entidades:

- Las SOCIMI que sean residentes en territorio español ¹⁴⁸.
- Las entidades de tenencia de participaciones en el capital de otras entidades (residentes o no en territorio español) que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (es decir, que tengan un objeto social similar a la SOCIMI ¹⁴⁹).

¹⁴⁵ Requisito que marca el artículo 3.3 de la Ley 11/2009.

¹⁴⁶ Artículo 9.7 de la Ley 11/2009. Al igual que la renta correspondiente a los beneficios no distribuidos derivados del arrendamiento de esos inmuebles de ejercicios anteriores y que se integrará en la autoliquidación del periodo impositivo en que se realiza el incumplimiento de permanencia.

¹⁴⁷ Esta misma regularización se aplicará en el supuesto de que la SOCIMI pase a tributar por otro régimen distinto del IS antes de que se cumpla el referido plazo de 3 ó 7 años.

¹⁴⁸ Ya que el IS es el impuesto que grava las rentas obtenidas por entidades residentes en territorio español, tal y como determina el artículo 7 del TRLIS. Según el artículo 8.1 del TRLIS una sociedad será residente en territorio español cuando concurra alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.
- b) Que tengan su domicilio social en territorio español.
- c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

¹⁴⁹ Estas entidades deberán tener el mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la obligación, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.

Además, también deberán cumplir todos los requisitos del artículo 3 de la Ley 11/2009 tales como que, en primer lugar, deberá invertir al menos el 80% del valor de su activo en bienes inmuebles de naturaleza urbana con la finalidad de destinarlos al arrendamiento, en terrenos para la promoción de bienes inmuebles, y, en segundo lugar, al menos el 80% de las rentas obtenidas en el periodo impositivo deberá provenir del arrendamiento de los bienes inmuebles y de dividendos procedentes de estas participaciones. Es más, los bienes inmuebles que integran el activo deberán permanecer arrendados durante, al menos, 3 años (o 7 años si son promovidos por la SOCIMI).

a) Determinación de la base imponible del IS.

La determinación de la base imponible no tiene ninguna particularidad por el hecho de ser una SOCIMI; únicamente el artículo 9.2 de la Ley 11/2009 indica que la liquidación del IS se realiza sobre la parte de base imponible del periodo impositivo que proporcionalmente se corresponda con el dividendo distribuido, sin incluir las rentas sujetas al tipo general de gravamen.

Y, en el supuesto de que la distribución del dividendo se realice con cargo a reservas o se dispongan estas últimas para una finalidad distinta de la compensación de pérdidas (procedentes de beneficios de un ejercicio en el que la empresa sea una SOCIMI), la liquidación del IS se realizará sobre la parte de base imponible del periodo impositivo correspondiente a dicho ejercicio, en la proporción existente entre el importe del dividendo distribuido y el beneficio obtenido en ese ejercicio, pero sin incluir las rentas sujetas al tipo general de gravamen.

Con esto queremos indicar que solamente existe un único IS de la SOCIMI y éste deberá incluir la base imponible que corresponda a los beneficios y reservas distribuidas, a las reservas dispuestas y las demás rentas obtenidas por la sociedad.

b) Aplicación del tipo de gravamen en el IS.

La singularidad de este régimen especial a efectos del IS de la SOCIMI es que el tipo de gravamen del IS es del 18% de los beneficios distribuidos, que difiere sustancialmente del 30%, como tipo de gravamen general del IS para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2008 ¹⁵⁰.

Este tipo de gravamen coincide numéricamente con muchos supuestos que existen hoy en nuestro ordenamiento jurídico-tributario ¹⁵¹. Si bien, la tributación del 18% está ampliamente reconocida y apli-

¹⁵⁰ Véase el artículo 28 del TRLIS en referencia al tipo de gravamen, relacionado con la disposición adicional octava del mismo texto legal.

¹⁵¹ A título de ejemplo recordemos los siguientes tipos del 18%:

a) Con relación al IRPF:

- La tributación de las rentas procedentes del ahorro a efectos del IRPF (la razón de ser de esta tributación del IRPF aparece recogida en la exposición de motivos de la LIRPF –Ley 35/2006, de 28 de noviembre, BOE 29 noviembre 2006, núm. 285, pág. 41.734– en el apartado 4), y en el artículo 66.2 de la LIRPF.
- Con el tipo de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos de capital mobiliario del IRPF (art. 101.4 de la LIRPF).
- Con el porcentaje de pagos a cuenta sobre las ganancias patrimoniales derivadas de las transmisiones o reembolsos de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva a efectos del IRPF (art. 101.6 de la LIRPF).
- Con el porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre las ganancias patrimoniales derivadas de los aprovechamientos forestales de los vecinos en montes públicos (art. 101.6 de la LIRPF).
- Con el porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los premios que se entreguen como consecuencia de la participación en juegos, concursos, rifas o combinaciones aleatorias, estén o no vinculadas a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios (art. 101.7 de la LIRPF).
- Con el porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, cualquiera que sea su calificación (art. 101.8 de la LIRPF).
- Con el porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes de la propiedad intelectual, industrial, de la prestación de asistencia técnica, del arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas y del subarrendamiento sobre los bienes anteriores, cualquiera que sea su calificación (art. 101.9 de la LIRPF).

cada a efectos del IRPF, aunque más que como tipo de gravamen, como un tipo de retención o de ingreso a cuenta. No obstante, si hacemos referencia al IS, este porcentaje es más novedoso, ya que en dicho impuesto el tipo de gravamen general es el 30% o bien el 25%,¹⁵² 20%,¹⁵³ 10%¹⁵⁴, al 1%,¹⁵⁵ al 37,5%¹⁵⁶ y 0%¹⁵⁷ para determinadas entidades.

b) Con relación al IRNR:

- «Adicionalmente, cuando las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 18%, sobre las cuantías transferidas con cargo a las rentas del establecimiento permanente, incluidos los pagos a que hace referencia el artículo 18.1 a), que no hayan sido gastos deducibles a efectos de fijación de la base imponible del establecimiento permanente». (art. 19.2 del TRLIRNR, RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, BOE 12 marzo 2004, núm. 62, pág. 11.176).
 - El tipo de gravamen es del 18% para los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad; los intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios; y las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales [art. 25.1 f) del TRLIRNR].
- c) Con relación al IS, como porcentaje de los pagos fraccionados en la modalidad de pago fraccionado por el artículo 71 de Ley 2/2008, de 23 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, para los periodos impositivos que se inicien durante el año 2009 –BOE 24 diciembre 2008, núm. 309, pág. 51.773– (sobre los pagos fraccionados véase el art. 45 del TRLIS). Además, el porcentaje de retención general también es del 18% (art. 140.6 del TRLIS).

¹⁵² Tributan al 25%, las siguientes entidades:

- a) Mutuas de seguros generales, entidades de previsión social y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que cumplan los requisitos establecidos por su normativa reguladora.
- b) Sociedades de garantía recíproca y reafianzamiento.
- c) Cajas rurales.
- d) Cooperativas de crédito, excepto por lo que se refiere a los resultados extracooperativos, que tributarán al tipo general. Entidades sin fines lucrativos a las que no sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002 de 23 diciembre 2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE 24 diciembre 2002, núm. 307, pág. 45.229).
- e) Uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas.
- f) Sindicatos, colegios profesionales, asociaciones empresariales y cámaras oficiales.
- g) Partidos políticos.
- h) Fondos de promoción de empleo.
- i) Instituto de relaciones europeo-latinoamericanas.
- j) Comunidades de aguas y heredamientos de Canarias.
- k) Comunidades titulares de montes vecinales en mano común.

¹⁵³ Las cooperativas fiscalmente protegidas, excepto por los resultados extracooperativos, que tributan al tipo general.

¹⁵⁴ Las entidades a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

¹⁵⁵ Tributan a este tipo de gravamen:

- a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea de 100.
- b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de partícipes requerido sea como mínimo de 100.
- c) Las sociedades de inversión inmobiliaria, siempre que el número de accionistas o partícipes requerido sea como mínimo de 100 y que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento, y además, las viviendas, las residencias estudiantiles y las residencias de la tercera edad, representen conjuntamente, al menos, el 50% del total del activo.
- d) Fondo de regulación de carácter público del mercado hipotecario.

¹⁵⁶ Las entidades que se dediquen a la exploración, investigación y explotación de yacimientos y almacenamientos subterráneos de hidrocarburos (art. 28 del TRLIS en consonancia con la disposición adicional octava del mismo texto legal).

¹⁵⁷ A este tipo de gravamen tributan los fondos de pensiones.

Este tipo de gravamen de la SOCIMI del 18% no coincide con los modelos de REIT comparados que hemos analizado, porque hace tributar a la SOCIMI al 18% cuando el resto de REIT no tributan a nivel de vehículo. Este tipo de gravamen sí que es inferior al tipo general del 30%, pero todavía está muy lejos del tipo del 1% que se exige, por ejemplo, a los FII, teniendo además presente que ambas entidades tienen la misma finalidad de promoción de los bienes inmuebles. Como se ha dicho, si España quería establecer la regulación de un REIT, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009, debería haber tenido presente que el REIT es un vehículo financiero del tipo *pass-through*, en tanto que invierte con el dinero de los accionistas/partícipes y diversifica el riesgo de éstos, vehiculando la inversión colectiva en vivienda de alquiler, de manera que no tiene interés ni entidad propia que le deba implicar tributar (en el sentido de obtención de rentas, y traducción de un índice de capacidad económica del art. 31.1 CE). Sin embargo, la Ley 11/2009 ha optado por no hacer tributar a los inversores en el fondo.

Sobre este aspecto se habían pronunciado, con muy buen criterio, las diferentes enmiendas al Proyecto de Ley de 19-12-2008, y que no se vieron reflejadas en el Proyecto de fecha 26-06-2009, ni en la Ley 11/2009. Entre ellas destacamos aquellas que abogan por un tipo de gravamen en mucho inferior al del 18%; la razón de ser estriba en que una tributación alta implica desincentivar la creación de SOCIMI, ya que tributariamente es inferior una sociedad o FII. Incluso las enmiendas abogaban por cambiar el tipo de gravamen de las SII y los FII y crear el tipo 0%: así lo reconocía la enmienda número 47 al Proyecto de Ley de la SOCIMI de fecha 19-12-2008 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) cuya justificación radicaba en lo siguiente: «Con el objeto de promover el desarrollo de las Instituciones de Inversión Colectiva, como instrumento de inversión especializado que goza de neutralidad fiscal para sus inversiones, debe modificarse el tipo de tributación en el IS, actualmente al 1%, de tal manera que sea el 0%, evitando así la doble tributación actualmente existente, la de la IIC y la del socio o partícipe»¹⁵⁸.

En esta línea argumentativa tenemos las siguientes enmiendas al Proyecto de 19-12-2008:

1. La enmienda número 54 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso quería añadir un artículo 14 a dicho Proyecto de Ley para las SOCIMI cuyo activo esté compuesto principalmente por viviendas destinadas al arrendamiento situadas en territorio español (básicamente al menos el 50% del activo) y las haría tributar al tipo de gravamen del 9% del IS.
2. La enmienda número 77 del Grupo Parlamentario Catalán (Convèrgencia i Unió) quería añadir un apartado 3 bis al artículo 9 declarando que «las SOCIMI cuyo objeto social se limite exclusivamente a la promoción de bienes inmuebles referenciados en las letras b) y c) del apartado 2 de la presente Ley estarán sujetas al IS pero exentas del pago del mismo».
3. La enmienda número 78 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) también proponía la modificación del artículo 9.3 en referencia a la tributación del régimen especial a efectos del IS, y consideraba aplicar un tipo de gravamen del 5%, «excepto para las rentas

¹⁵⁸ La tributación cero no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto véase NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, M. ESTELA, «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 261, diciembre 2004, págs. 57 a 106

procedentes de inmuebles nuevos o rehabilitados promovidos por la sociedad, calculadas de conformidad con el artículo 9.10, que estarán exentas». Y la justificación que alude el grupo parlamentario es totalmente factible, aceptable y real: «La presencia de los REIT, a través de las SOCIMI, en la economía española permitirá a ésta competir con otras economías del entorno, que ya cuentan con este tipo de fondos de inversión inmobiliaria, en la captación del ahorro proveniente del exterior y ayudará a afrontar el riesgo de huida de capitales españoles hacia países donde la implantación de los REIT ya es una realidad. Para conseguir dichos objetivos, resulta imprescindible que las condiciones ofrecidas a los inversores sean competitivas en relación con otros REIT extranjeros. El tipo de gravamen del 18% resulta excesivo y, por tanto, disuasorio para los inversores extranjeros, por lo que se considera más acorde con tales fines un tipo inferior, cuya pérdida de recaudación sería compensada en el régimen fiscal de los socios residentes o no residentes con establecimiento permanente». Y continuaba afirmando: «Adicionalmente, para conseguir reactivar el sector de la construcción, tan castigado por la crisis y poder dar trabajo a gran número de desempleados, se propone una exención a los rendimientos procedentes de las nuevas edificaciones y rehabilitaciones de las mismas promovidas por las SOCIMI, complementando así la bajada de tipos y haciendo más atractiva la inversión en este tipo de sociedades».

Si volvemos a hacer referencia al tipo de gravamen del IS de la SOCIMI, obviando estas enmiendas al Proyecto de Ley de 2009 que nunca vieron la luz, es necesario realizar una matización: el tipo de gravamen del 18% se aplica a toda la actividad económica de la SOCIMI, esté relacionada o no con el arrendamiento y adquisición de los bienes inmuebles ¹⁵⁹. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que determinadas rentas no tributarán a este porcentaje reducido, sino al tipo de gravamen general del 30%; estas rentas son las siguientes ¹⁶⁰:

1. Las rentas derivadas de la transmisión de los inmuebles o participaciones afectos a su objeto social principal cuando:
 - Se haya incumplido el periodo mínimo de mantenimiento (3 años ¹⁶¹ y de 7 si los bienes son promovidos por la sociedad).
 - El adquirente sea una entidad vinculada ¹⁶² o resida en un país o territorio sin intercambio de información tributaria (los denominados paraísos fiscales) ¹⁶³.
2. Las rentas procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles cuando el arrendatario sea una entidad vinculada o resida en un país o territorio sin intercambio de información tributaria.

¹⁵⁹ *Vid. supra*.

¹⁶⁰ Artículo 9.3 de la Ley 11/2009.

¹⁶¹ Repárese que la disposición transitoria segunda de la Ley 11/2009 indica que este periodo de tiempo de arrendamiento de 3 años será de 2 años para los bienes inmuebles que hubieran permanecido en el activo de la sociedad y hubieran estado arrendados u ofrecidos en arrendamiento en los 5 ó 10 años anteriores, respectivamente, a la fecha de opción por la aplicación del régimen especial de la SOCIMI (disposición que se aplica hasta el 31 de diciembre de 2010).

¹⁶² Que forma parte del mismo grupo tal y como indica el artículo 16 del TRLIS.

¹⁶³ En los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 (Ley de prevención del fraude fiscal, BOE 30 noviembre de 2006, núm. 286, pág. 42.087).

3. Operaciones que no determinen un resultado por aplicación de la normativa contable.

La razón de ser de esta disposición, conforme se gravan a un tipo superior los negocios con las entidades vinculadas,¹⁶⁴ tal y como determina el artículo 16 del TRLIS¹⁶⁵, se fundamenta en evitar que las relaciones entre estas entidades tengan un trato preferencial y se valoren a un precio inferior al valor de mercado.

Ahora bien, para fomentar el arrendamiento de viviendas como objeto social prioritario en una SOCIMI, la Ley 11/2009 determina que estarán exentas en el 20% las rentas que procedan del arrendamiento de viviendas, siempre y cuando más del 50% del activo de la SOCIMI esté formado por viviendas)¹⁶⁶.

c) Determinación de la cuota íntegra del IS.

No existe ninguna especialidad respecto a la hora de calcular la cuota íntegra del IS, en similares términos de la determinación de la base imponible, por lo que se aplicarán las reducciones y bonificaciones correspondientes y comunes al régimen general, tales como¹⁶⁷:

1. Bonificaciones para rentas obtenidas en Ceuta y Melilla.
2. Bonificaciones por actividades exportadoras y de prestación de servicios públicos locales.

¹⁶⁴ También regulado en el artículo 42 del Código de Comercio.

¹⁶⁵ Según este precepto son personas o entidades vinculadas:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25% del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25% del capital social o los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

Este precepto continúa determinando que «En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5%, o al 1% si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho. Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

¹⁶⁶ Artículo 9.1 de la Ley 11/2009.

¹⁶⁷ Según el artículo 9.4 de la Ley 11/2009 y que están regulados en los Capítulos II, III y IV del Título VI del TRLIS.

3. Deducciones para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna.
4. Deducciones para evitar la doble imposición internacional:
 - Impuestos soportados por el sujeto pasivo.
 - Dividendos y participaciones en beneficios.
5. Deducción para incentivar la realización de determinadas actividades:
 - Por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (I+D).
 - Para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).
 - Por actividades de exportación.
 - Por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas, edición de libros, sistemas de navegación y localización de vehículos, adaptación de vehículos para discapacitados y guarderías para hijos de trabajadores.
 - Por inversiones medioambientales.
 - Por gastos de formación profesional.
 - Por creación de empleo para trabajadores minusválidos.
 - Por reinversión en beneficios extraordinarios ¹⁶⁸.
 - Por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial, a planes de previsión social empresarial o por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad.

d) Plazo de presentación de la autoliquidación del IS.

El plazo para presentar la liquidación del IS de la SOCIMI es el mismo que el IS general de cualquier tipo de entidad: 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del

¹⁶⁸ Sin embargo, en referencia a la reinversión en beneficios extraordinarios, el artículo 9.4 de la Ley 11/2009 indica que «No obstante, la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios se aplicará, en las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 42 del TRLIS, exclusivamente respecto de las transmisiones de inmuebles y participaciones afectos a su objeto social principal realizadas una vez transcurridos los plazos de mantenimiento a que se refiere el apartado 3 del artículo 3 de esta Ley, siendo la deducción el importe que resulte de aplicar el 6% a la renta generada en esas operaciones que se haya integrado en la base imponible de la sociedad como consecuencia de la distribución de dividendos correspondiente a los beneficios derivados de esas operaciones. Tratándose de rentas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales sujetas al tipo general de gravamen, podrá aplicarse la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 42 del TRLIS». Este último apartado fue añadido por la versión de Proyecto de Ley de 26-6-2009. Sobre este tema véase PUEBLA AGRAMUNT, Nuria, *La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en inmovilizado financiero*, IEF, Documentos, núm. 17/2005, págs. 1 a 46.

periodo impositivo. Sin embargo, mientras que en el IS general únicamente se presenta la liquidación cuando la base imponible es positiva, es decir, existe un índice de capacidad económica del artículo 31.3 de la CE (independiente de si la cuota diferencial es positiva o negativa), el IS de las SOCIMI sí que deberá presentarse aunque se hayan generado pérdidas en el periodo impositivo, y también si no hay beneficio repartible ¹⁶⁹.

e) Pagos fraccionados del IS.

Toda SOCIMI que quiera seguir este régimen fiscal especial del IS, que como hemos indicado con anterioridad es voluntario, estará obligada a realizar los pagos fraccionados en la modalidad de cuota íntegra del artículo 45.2 del TRLIS ¹⁷⁰ y no podrá hacerlo en la modalidad de base imponible del artículo 45.3 del TRLIS ¹⁷¹.

f) Retenciones en el IS.

No existe la obligación de retener los dividendos distribuidos por la SOCIMI que tribute a un tipo del 18%, ni de la SOCIMI que tribute en régimen general, con independencia del socio que perciba dichos dividendos (persona física o jurídica) ¹⁷².

g) Devengo del IS.

No existe ninguna singularidad en el régimen fiscal de las SOCIMI respecto del devengo del impuesto que será el ordinario y general del IS, de tal forma que dicho impuesto sobre la renta se devenga el último día del periodo impositivo ¹⁷³.

Lo único a destacar es que la Ley 11/2009, en su disposición final primera, indica que se amplía el artículo 27 del TRLIS para añadir las particularidades de la SOCIMI en el redactado de la norma relativa al IS indicando que «2. Cuando se trate de sociedades que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal establecido en la Ley 11/2009, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, el impuesto se devengará el día del acuerdo de la junta general de accionistas de distribución de los beneficios del ejercicio correspondiente al periodo impositivo y, en su caso, de las reservas de ejercicios anteriores en los que se aplicó el régimen fiscal especial.

¹⁶⁹ Así lo determina el artículo 9.5 de la Ley 11/2009.

¹⁷⁰ Este precepto reconoce que «2. La base para calcular el pago fraccionado será la cuota íntegra del último periodo impositivo cuyo plazo reglamentario de declaración estuviere vencido el primer día de los 20 naturales a que hace referencia el apartado anterior, minorado en las deducciones y bonificaciones a que se refieren los Capítulos II, III y IV de este Título, así como en las retenciones e ingresos a cuenta correspondientes a aquél.

Cuando el último periodo impositivo concluido sea de duración inferior al año se tomará también en cuenta la parte proporcional de la cuota de periodos impositivos anteriores, hasta completar un periodo de 12 meses».

¹⁷¹ Y este artículo señala que: «Los pagos fraccionados también podrán realizarse, a opción del sujeto pasivo, sobre la parte de la base imponible del periodo de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural determinada según las normas previstas en esta Ley».

¹⁷² Véase el artículo 9.8 de la Ley 11/2009. Solamente indicar que la intención del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 es elevar el tipo de gravamen aplicable a la rentas del ahorro del 18% al 19%, y al 21% a partir de los 6.000 euros.

¹⁷³ Tal y como determina el artículo 9.2 de la Ley 11/2009 y el artículo 27 del TRLIS.

No obstante, el impuesto se devengará el último día del periodo impositivo, haya o no acuerdo de distribución de beneficios, por las rentas sujetas al tipo general del gravamen, así como cuando la sociedad haya obtenido pérdidas, no haya beneficio repartible o disponga de reservas de forma diferente a su distribución».

6.2. La tributación de las SOCIMI en el ITP y AJD.

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) tiene 3 hechos imponibles diferenciados: las transmisiones patrimoniales, los actos jurídicos documentados y las operaciones societarias ¹⁷⁴.

Pues bien, la tributación de la SOCIMI en dicho impuesto ha variado en función de los Proyectos de Ley, de tal forma que en el Proyecto de 19-12-2008 la sometía al régimen general, sin determinar ninguna particularidad respecto de este impuesto, mientras que en el Proyecto de 26-6-2009 (disp. final 2.^a) introduce y queda reflejado en la Ley 11/2009, en la modalidad de operaciones societarias, la exención de las siguientes operaciones ¹⁷⁵:

- Las operaciones de constitución.
- Las operaciones de aumento de capital.
- Las aportaciones no dinerarias a la SOCIMI.

También indica la Ley 11/2009 que la SOCIMI gozará de una bonificación del 95% de la cuota del ITP por ¹⁷⁶:

- La adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento.
- Y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento.

En ambos casos, la SOCIMI deberá cumplir el requisito específico de mantenimiento de los bienes, ya mencionado con anterioridad y regulado en el artículo 3.3 de la Ley 11/2009.

6.3. Novedades en cuanto al IVA en la Ley 11/2009.

Las únicas particularidades indicadas en la Ley 11/2009 son novedades en referencia al IVA en general ¹⁷⁷, más que un beneficio fiscal concreto para las SOCIMI, aunque éstas pueden ser una de las beneficiadas. Son las dos siguientes:

¹⁷⁴ Artículo 1 del TRLITP y AJD (RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados, BOE 20 octubre 1993, núm. 251, pág. 29.545).

¹⁷⁵ Disposición final segunda de la Ley 11/2009.

¹⁷⁶ Es una novedad también introducida por el Proyecto de 26-06-2009 (disp. final segunda), ya que el Proyecto del 19-12-2008 las sometía al régimen general.

¹⁷⁷ Regulado en la LIVA, Ley 37/1992, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre de 1992, núm. 312, pág. 15.750).

- Tributan al 7% los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de 2 unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente.
- Tributan al 4% los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial del régimen especial o de promoción pública, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de 2 unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente ¹⁷⁸.

7. LA TRIBUTACIÓN DEL SOCIO DE LA SOCIMI

7.1. Por los dividendos obtenidos de una SOCIMI.

Vamos a examinar la tributación de los dividendos distribuidos por la SOCIMI con cargo a beneficios o reservas de ejercicios en los que haya sido de aplicación este régimen fiscal especial, tal y como regula el artículo 10 de la Ley 11/2009, teniendo presente que si no los distribuye no deberán tributar, ya que no se realiza el hecho imponible de los impuestos correspondientes.

a) Tributación en el IRPF.

Los socios sujetos pasivos del IRPF están exentos, es decir, los dividendos obtenidos de la SOCIMI no tributan a efectos del IRPF ¹⁷⁹.

b) Tributación en el IS o IRNR (Impuesto sobre la Renta de No Residentes) con Establecimiento Permanente (EP).

Pueden existir dos supuestos diferentes, en función de si la SOCIMI tributa en el régimen especial o en el régimen general:

- En el supuesto de que los dividendos procedan de rentas sujetas al tipo de gravamen especial de la SOCIMI del 18% se deberán realizar dos operaciones para imputarlos en el IS o en el IRNR con EP: se deberá integrar en la base imponible de dichos impuestos el 100/82 del beneficio íntegro (es decir, se elevará al íntegro la renta) y se deberá practicar una deducción del 18% con independencia del porcentaje de participación (salvo que el tipo de gravamen del sujeto pasivo en el IS sea inferior, en cuyo caso el tipo de la deducción

¹⁷⁸ Disposición final tercera de la Ley 11/2009. Es una novedad introducida por el Proyecto de fecha de 26-6-2009 (disp. final tercera), ya que el Proyecto del 19-12-2008 las sometía al régimen general.

¹⁷⁹ La disposición final séptima de la Ley 11/2009 los configura como renta del ahorro con efectos a partir del día 1 de enero de 2009 (disp. final duodécima de dicha Ley).

coincidirá con el tipo de gravamen). Y no se podrá practicar la deducción para evitar la doble imposición interna del artículo 30 del TRLIS ¹⁸⁰.

- Y en el supuesto de que los dividendos procedan de rentas sujetas el tipo general de gravamen del 30% de la SOCIMI tributarán de acuerdo con el régimen general del TRLIS y del TRLIRNR, es decir, se imputará en la base imponible al tipo de gravamen del 30% y se podrá practicar la deducción por doble imposición interna correspondiente ¹⁸¹.

c) Tributación en IRNR sin EP.

En el supuesto de que el socio que percibe los dividendos sea sujeto pasivo del IRNR sin EP, al igual que en el supuesto del IRPF, los dividendos obtenidos están exentos en este impuesto, excepto los dividendos recibidos por residentes en paraísos fiscales, que sí tributarán a efectos del IRNR sin EP.

7.2 Plusvalía en la venta de las acciones.

Vamos a examinar el supuesto de las rentas obtenidas por la transmisión de las participaciones en el capital de la SOCIMI:

a) Tributación en el IRPF

Si la persona transmitente es sujeto pasivo del IRPF, la plusvalía o pérdida patrimonial se determina de acuerdo con las normas del IRPF [art. 37 1.a) LIRPF ¹⁸²], si bien presenta dos particularidades: en primer lugar, la plusvalía/ganancia obtenida estará exenta, pero con el límite de la diferencia positiva entre el resultado de multiplicar el 10% del valor de adquisición por el número de años de tenencia de la participación, y el importe de los dividendos exentos percibidos. Y, en segundo lugar, si fuera una pérdida patrimonial, únicamente se computa la parte que exceda del importe de los dividendos exentos percibidos durante el año anterior a la transmisión.

¹⁸⁰ Artículo 10 de la Ley 11/2009.

¹⁸¹ Del artículo 30 del TRLIS.

¹⁸² Este precepto determina que: «1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda:

- a) De la transmisión a título oneroso de valores admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca aquélla o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización.

Para la determinación del valor de adquisición se deducirá el importe obtenido por la transmisión de los derechos de suscripción.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si el importe obtenido en la transmisión de los derechos de suscripción llegara a ser superior al valor de adquisición de los valores de los cuales procedan tales derechos, la diferencia tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente, en el periodo impositivo en que se produzca la transmisión. Cuando se trate de acciones parcialmente liberadas, su valor de adquisición será el importe realmente satisfecho por el contribuyente. Cuando se trate de acciones totalmente liberadas, el valor de adquisición tanto de éstas como de las que procedan resultará de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan».

b) Tributación en el IS o IRNR con EP.

Si la persona transmitente es sujeto pasivo del IS o del IRNR con EP y obtiene una plusvalía de los beneficios no distribuidos generados por la SOCIMI durante el tiempo de tenencia de la participación transmitida procedente de rentas sujetas, pueden darse dos supuestos:

- Al tipo de gravamen el 18%: se integrará en la base imponible del impuesto correspondiente (IS o IRNR con EP) el resultado de multiplicar el importe de los beneficios obtenidos por 100/82 (es decir, se elevará al íntegro), y se podrá deducir de la cuota íntegra de dicho impuesto el 18% (a excepción de que el tipo de gravamen del sujeto pasivo en el IS sea inferior, en cuyo caso el tipo de la deducción coincidirá con el tipo de gravamen).
- Y si es al tipo de gravamen general del 30%: se podrá aplicar la deducción del artículo 30.5 del TRLIS sobre la parte de la plusvalía correspondiente.

Ahora bien, la pérdida que se genere en la transmisión de la participación no será deducible en el caso de que se hubiese adquirido a una persona o entidad vinculada del artículo 16 del TRLIS, hasta el importe de la renta exenta que obtuvo dicha persona o entidad en la transmisión de esa participación ¹⁸³.

c) Tributación en IRNR sin EP.

En el supuesto de que el transmitente sea sujeto pasivo del IRNR sin EP, se aplicará el mismo sistema que si fuera un contribuyente del IRPF, excepto en el supuesto de que resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal ¹⁸⁴.

8. COMPARATIVA RESUMEN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL FII, LA SOCIMI Y UNA SA DE TIPO GENERAL DEDICADA AL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

A continuación efectuamos en la **tabla 2** una comparativa entre los FII de la Ley 35/2003, la SOCIMI a efectos de la Ley 11/2009 y una SA ordinaria cuyo objeto social sea el arrendamiento de viviendas, para poder ver sus ventajas y desventajas a efectos tributarios.

Hemos de adelantar una novedad respecto del IS general y que pretende servir para potenciar la utilización de este tipo de sociedades: es que los dividendos distribuidos por la SOCIMI no estarán sometidos a retención, ni a ingreso a cuenta alguno, independientemente de la naturaleza del socio que los reciba, es decir, sea persona física o jurídica. A diferencia del IS general, en el cual los dividendos sí que tienen la obligación de someterse a retención y a tributación (en parte, como veremos seguidamente).

¹⁸³ Artículo 10.2 de la Ley 11/2009.

¹⁸⁴ La Ley 11/2009 lo denomina como país con el cual «no exista efectivo intercambio de información tributaria, en los términos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal».

TABLA 2. Comparativa fiscal entre SOCIMI, FII y SA dedicada al arrendamiento de viviendas.

	FII	SOCIMI	SA dedicada al arrendamiento de viviendas
Tributación de la entidad IS Tipo de gravamen	1%: • Siempre que el número de partícipes sea más de 100. • Y que tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento ¹⁸⁵ . Y que los bienes inmuebles que integran el activo no se enajenen hasta el plazo de 3 años desde su adquisición o de 7 si es promovido por la sociedad.	Hay que optar por aplicarlo. 18%. Y en determinadas circunstancias al 30%. Están exentas el 20% de las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas (siempre que más del 50% del activo esté formado por viviendas).	Hay que optar por aplicarlo. 30% (tipo de gravamen general) ¹⁸⁶ . • El número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad en cada periodo impositivo sea igual o superior a 10. • Que la superficie construida de cada vivienda no exceda de 135 m ² . • Que las viviendas permanezcan arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante al menos 7 años.
			.../...

¹⁸⁵ La aplicación de este tipo de gravamen inferior precisa que los bienes inmuebles que integran el activo de las Instituciones de Inversión Colectiva no se enajenen hasta que no hayan transcurrido 3 años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie autorización expresa de la CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores) (art. 28 TRLIS).

Es necesario indicar que la disposición final primera de la Ley 11/2009 modifica el artículo 28.5 c) del TRLIS en referencia al tipo de gravamen de las SII y de los FII, de tal forma que elimina el último apartado de exigir que también se requiere «y, además, las viviendas, las residencias estudiantiles y las residencias de la tercera edad, que representen conjuntamente, al menos, el 50% del total del activo». Es decir, facilita su régimen fiscal y únicamente exige para estas entidades que tengan más de 100 partícipes y que únicamente tengan el objeto de invertir en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. Esta disposición facilita mucho más el régimen de las SII y de los FII ya que acota su objeto a efectos de poder aplicar este beneficio fiscal.

Además, la Ley 11/2009 también elimina la obligatoriedad de los fondos y SII de invertir el 50% de su activo en vivienda para poder tributar al 1%.

¹⁸⁶ Según los artículos 53 y 54 del TRLIS y tendrán 2 bonificaciones:

- Bonificación del 85% de la parte de la cuota íntegra correspondiente a la rentas derivadas del arrendamiento de viviendas que cumplan los requisitos exigidos para aplicar este régimen fiscal.
- Bonificación de 90% de la cuota íntegra correspondiente a las rentas derivadas del arrendamiento o de la transmisión de viviendas relacionadas con la discapacidad. Pero tienen que cumplir las siguientes circunstancias: que el arrendatario sea un discapacitado; y que en la vivienda deben haberse realizado obras e instalaciones para su adecuación a los discapacitados.

.../...				
IS: deducciones para evitar la doble imposición internacional	No se pueden aplicar. Si bien, si tributarán al régimen general del 30% si que tendrían derecho a esta deducción ¹⁸⁷ .	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.
IS: deducciones para evitar la doble imposición interna	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general ¹⁸⁸ .
IS: deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar, excepto la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios 6%.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.	Sí se pueden aplicar. Régimen general.
Dividendos distribuidos sujetos a retención	18% ¹⁸⁹ .	Exentos.	Exentos.	18%.
	IRPF: tributan al régimen general (1.500 euros primeros exentos de tributación) ¹⁹⁰ .	IRPF: exentos.	IRPF: exentos.	IRPF: Tributan al régimen general (1.500 euros primeros exentos de tributación).
Tributación Dividendos distribuidos para el accionista/socio	IS o IRNR con EP: tributan al régimen general.	IS o IRNR con EP: a) Procedentes de rentas sujetas al tipo de gravamen del 18%: • integrar en la base imponible: 100/82 del beneficio íntegro. • deducción 18% con independencia del porcentaje de participación. No deducción por doble imposición. b) Procedentes de rentas sujetas al tipo general de gravamen: régimen general (tributan al 30% y deducción por doble imposición).	IS o IRNR con EP: a) Procedentes de rentas sujetas al tipo de gravamen del 18%: • integrar en la base imponible: 100/82 del beneficio íntegro. • deducción 18% con independencia del porcentaje de participación. No deducción por doble imposición. b) Procedentes de rentas sujetas al tipo general de gravamen: régimen general (tributan al 30% y deducción por doble imposición).	IS o IRNR con EP: tributan al régimen general.
	IRNR sin EP: tributan al régimen general.	IRNR sin EP: exentos (excepto residentes en paraísos fiscales).	IRNR sin EP: exentos (excepto residentes en paraísos fiscales).	IRNR sin EP: tributan al régimen general.
				.../...

¹⁸⁷ Véase el artículo 57.1 del TRLIS.

¹⁸⁸ En el régimen especial del IS se puede aplicar la deducción para evitar la doble imposición interna cuando los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos con cargo a las rentas se les haya aplicado la bonificación de 90%.

¹⁸⁹ Excepto los dividendos que sean recibidos por residentes en países comunitarios distintos de España.

¹⁹⁰ Artículo 7 y) de la LIRPF.

...	IRPF: tributan al régimen general ¹⁹¹ .	IRPF: plusvalía exenta, con el límite de la diferencia entre 10% del valor de adquisición por el número de años de tenencia de la participación y el importe de los dividendos exentos obtenidos. La pérdida sólo se computará la parte que exceda del importe de los dividendos exentos percibidos durante el año anterior a la transmisión.	IRPF: tributan al régimen general.
Plusvalía en la venta de las acciones del socio	IS o IRNR con EP: tributan al régimen general.	IS e IRNR con EP: • SOCIMI que tributa al 18%: se integra en la base imponible 100/82 y deducción del 18%. • SOCIMI que tributa al 30%: régimen general.	IS o IRNR con EP: tributan al régimen general.
	IRNR sin EP: tributan al régimen general.	IRNR sin EP: igual que el IRPF.	IRNR sin EP: tributan al régimen general.
	IVA Están exentas las operaciones de gestión y depósito de las Instituciones de Inversión Colectiva ¹⁹² .	Tributan al 7% los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de 2 unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente. Tributan al 4% los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de 2 unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente.	Régimen general ¹⁹³ .
...			

¹⁹¹ Artículo 94 de la LIRPF.

¹⁹² Artículo 20.uno.18 n) de la LIVA.

¹⁹³ El régimen especial puede aplicar un tipo reducido del 4% en determinados bienes inmuebles como indica el artículo 91.1.6.º de la LIVA.

.../...	Exentos en la modalidad de operaciones societarias de las operaciones de constitución, aumento de capital, fusión y escisión de las Instituciones de Inversión Colectiva ¹⁹⁴ .	Exentos en la modalidad de operaciones societarias de las operaciones de constitución y aumento de capital y de aportaciones dinerarias.	Régimen general.
ITP y AJD	Bonificación del 95% del ITP por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento, siempre que cumplan el requisito de la permanencia de 3 años (salvo autoriz. CNMV).	Bonificación del 95% del ITP por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento, y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento, siempre que cumplan el requisito de la permanencia.	Régimen general.

FUENTE: elaboración propia.

¹⁹⁴ Igual que el supuesto del IS, de las entidades que tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento y, además, las viviendas, las residencias de estudiantes y las de la tercera edad, que representan conjuntamente al menos el 50% del activo total.

Con esta tabla queremos resaltar que, respecto a la entidad, es más ventajoso un FII, ya que únicamente tributa el 1% respecto de una SOCIMI, que tributa al 18%, a pesar de que este tipo de gravamen es inferior al tipo general de una sociedad anónima que es del 30%.

En ningún momento la Ley se ha planteado el no hacer tributar a la SOCIMI, como sucede con el REIT, aunque la Exposición de Motivos de la Ley 11/2009 indica que se potencia la no tributación en el vehículo, ya que declara que las rentas no serán gravadas si no se reparten, es decir, si no se distribuyen a los socios. Claro está que no deben tributar si no se reparten, dado que solamente deberán tributar cuando los perciban los socios accionistas participantes, porque si no es un índice de capacidad económica.

Sin embargo, respecto a la tributación de los dividendos en sede del accionista (persona física) podemos observar que la tributación de la SOCIMI es más ventajosa que el resto de opciones, al ser cero, porque los rendimientos obtenidos de la misma están exentos de tributación; es decir, la SOCIMI beneficia tanto a los accionistas que tienen rentas superiores, como al pequeño inversionista, ya que ninguno de ellos tributa.

Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 31.1 de la CE, establece el deber de solidaridad, según el cual todos los ciudadanos deben colaborar en la cobertura de los gastos públicos estatales; y para poder sufragar estos gastos, los ciudadanos deben participar de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad, generalidad y progresividad, no teniendo carácter confiscatorio¹⁹⁵.

Y, como señala la jurisprudencia constitucional, la «capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra»¹⁹⁶. En otras palabras, el principio de capacidad económica implica que se graven ciertos hechos o situaciones que se configuran como exponentes de la capacidad económica para que los ciudadanos contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos, existiendo unos índices directos de la capacidad económica que son la renta y el patrimonio y unos índices indirectos que son la circulación y el consumo de la riqueza¹⁹⁷.

Pues bien, este principio de capacidad económica no se cumple en este supuesto, ya que la exención total de los dividendos obtenidos de la SOCIMI (a efectos del IRPF) implica que tanto el accio-

¹⁹⁵ Repárese en que el principio de capacidad económica ya aparecía en la Constitución Española de Cádiz de 1812 en su artículo 8 en los siguientes términos: «También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado». Aunque no recoge de forma expresa el principio sí que especifica el deber de contribuir a los gastos del Estado, en proporción a los haberes del obligado. Y esta concepción se repite en el artículo 339 en los siguientes términos: «Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno».

¹⁹⁶ SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4.º), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9.º) y 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4.º), entre otras.

¹⁹⁷ Además, MOSCHETTI determina que los índices de la capacidad económica son los siguientes factores: «la renta global, el patrimonio neto, el gasto global, los incrementos patrimoniales (sucesiones, donaciones, premios de lotería, etc.), los incrementos de valor del patrimonio». MOSCHETTI, F., *El principio de capacidad contributiva*, IEF, Madrid, 1980, pág. 260. También PONT MESTRES ha afirmado que no tributa quien más tiene, sino «quien más posibilidades tiene», puesto que la riqueza se configura como el punto de partida para delimitar la capacidad económica. En PONT MESTRES, M., «Principio constitucional de capacidad económica y ordenamiento tributario», *RDFHP*, núm. 203, septiembre-octubre, 1989, pág. 1.094. Esta misma idea también se encuentra en MARTÍN DELGADO, J. M. *El control constitucional del principio de capacidad económica. El Tribunal Constitucional*, vol. II, IEF, Madrid, 1981, págs. 1.586 y 1.587.

nista de bajas rentas como el de altas rentas no tributen por dichos rendimientos ¹⁹⁸. En consecuencia, se beneficia en mayor medida al accionista de altas rentas, que recibe ingresos superiores a los que recibe el inversor de bajas rentas (ej., que no puede invertir grandes cantidades), y, por lo tanto, no se cumple con este principio de capacidad económica. Es decir, también desde la óptica tributaria la SOCIMI, en su regulación en la Ley 11/2009, está potenciando la inversión de grandes masas de capital de pocas personas, más que la participación de pequeños ahorradores e inversores, que es lo que realmente conseguiría una dinamización y una generalización del mercado de la vivienda en alquiler.

9. CONCLUSIONES FINALES

1. Las SOCIMI son otro intento del legislador español de introducir los REIT en nuestro país, tras el relativo éxito de las Sociedades y FII. No obstante, deberían corregirse algunas cuestiones para que pudiesen cumplir con los objetivos que todo REIT tiene: la promoción de los inmuebles urbanos y, especialmente para las necesidades de nuestro mercado inmobiliario, de la vivienda en alquiler, la vertebración de dicho mercado y potenciar la inversión colectiva en bienes inmuebles. Tal y como está la propuesta legislativa, ésta no es suficiente para ser un vehículo lo más eficiente posible para promocionar la vivienda en alquiler en España, porque no es suficiente para canalizar el ahorro individual, no se garantiza que las inversiones sean necesariamente en vivienda (únicamente el nuevo incentivo del artículo 9.1.2 de la Ley 11/2009) ni que tampoco sean necesariamente en España (no hay ni incentivos que así lo sugieran ni limitaciones a inversiones en inmuebles extranjeros), no fomenta la especialización de la SOCIMI, no tiene una estructura societaria flexible y su régimen fiscal, aunque pueda parecer a priori más beneficioso que el resto de opciones, no es el más justo para los pequeños ahorradores/inversores.

2. Sobre si, atendiendo a la regulación final de las SOCIMI en la Ley 11/2009, habrá muchas entidades que pasarán a ser SOCIMI y si atraerán suficientes capitales. Dificultades: los requisitos y los costes son elevados; no está previsto que los FII se puedan convertir manteniendo su estructura no societaria; el recurso al préstamo está limitado; no se admiten SOCIMI cerradas, que den cabida a la iniciativa de pequeños ahorradores/inversores; tampoco ayuda el hecho de que se maximicen beneficios fiscales cuanto más se invierta (art. 31.1 CE) ni que no haya límites máximos de porcentaje en beneficios ni un número mínimo de socios y/o significativo de inmuebles en el patrimonio o la limitación en la cuantía de la acumulación de acciones en un solo inversor, lo que lastra la generalización del alquiler; la estructura, además, no es flexible: debe ser necesariamente una SA, que precisamente no es la más adecuada para las finalidades que se persiguen (actividad inmobiliaria conservadora y basada esencialmente en los recursos propios, es decir, en la *equity* de la SOCIMI) sino que lo es el REIT tipo *trust*; no se benefician de trato fiscal favorable aquellas actividades no catalogadas por la ley como principales pero que pueden ayudar a mejorar a éstas, como pueden ser servicios de administración de fincas llevados por las propias SOCIMI.

3. Sobre si conseguirá que haya una mayor oferta y demanda de vivienda en alquiler. Dificultades: tal y como ha quedado la Ley 11/2009 no hay incentivo especial para la SOCIMI para invertir en viviendas en España, incluyendo las VPO; además, están demasiado limitados los inmuebles en los que puede invertir (no se admiten hipotecas, valores hipotecarios, concesiones administrativas, derechos

¹⁹⁸ Porque en teoría ya ha satisfecho la SOCIMI un 18% de todos los rendimientos, independientemente de a quién se repartan después.

reales que puedan darse en arrendamiento, *leaseholds* extranjeros, etc.); dado que es difícil que los pequeños propietarios se vean atraídos por los REIT aportando sus inmuebles (lo que sería deseable), para el *stock* de fincas a movilizar deberá confiarse en el que tienen las inmobiliarias dependientes de entidades de crédito de fincas ejecutadas y en las fincas no vendidas (y no finalizadas) de los promotores. No debe olvidarse, además, que cualquier medida para fomentar el alquiler debe conseguir mayor estabilidad y accesibilidad para el inquilino al tiempo que mayor seguridad para el propietario.

4. A nivel tributario de las SOCIMI, debemos destacar que:

- La tributación del 18% de la SOCIMI, a efectos del IS, para todas las actividades desarrolladas es, en principio, excesiva, ya que ahora una SII y un FII tributan al 1% y siendo SOCIMI tributaría al 18% a efectos del IS. Pero, sin embargo, sí que es beneficioso si se trata de una entidad ordinaria que tributa al 30%. Además, sí es especialmente beneficioso para los inversores, que no deben tributar por los rendimientos que obtengan.
- El tipo de gravamen del IS es el 18% por la SOCIMI, tanto la adquisición y promoción del alquiler de viviendas (que es su objeto social principal), como de aquéllas accesorias a la misma.
- Que el hecho de que cualquier accionista de una SOCIMI no tribute por los rendimientos obtenidos (sino que lo hace el vehículo) beneficia proporcionalmente más a un accionista persona física con grandes rentas que a los pequeños inversores, poniendo así en cuestión el principio tributario de capacidad económica del artículo 31.1 de la Constitución Española.

5. A la pregunta de si las SOCIMI son REIT podemos decir que sí lo son, son *sui generis* puesto que ni siquiera cumplen el concepto que de éstos da la OCDE; que si bien pueden aportar ventajas fiscales interesantes para los inversores, no lo hacen para la sociedad (lo que no concuerda con su estructura *pass-through* que busca que tributen los que realmente se benefician de la inversión en inmuebles que son los inversores en los REIT dado que lo hacen indirectamente, a través de éstos; es decir, no son los REIT en sí mismos los que se benefician al invertir –de hecho incluso las SOCIMI en España deben distribuir el 90% de los beneficios a los inversores– sino que lo son los inversores, de manera que son éstos los que deberían tributar conforme al volumen de beneficios obtenidos) y que tampoco cuentan con todos los elementos necesarios para generalizar la inversión en inmuebles de alquiler en nuestro país, del todo necesaria para el saneamiento de nuestro mercado de la vivienda.

Bibliografía

ACTUALIDAD ECONÓMICA, *Se alquila rentabilidad para inversor paciente*, 23-12-2008.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther [2007]: (coord.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch.

BOUDEAUX, Paul, *Reits and lessons to be learned from the United States credit crisis*, en ORTÍ VALLEJO, Antonio y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael (coords.) [2009]: *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, Ed. Aranzandi-Thomson Reuters.

- BROSETA PONT, Manuel (Ed. a cargo de Fernando MARTÍNEZ SANZ), *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 14.^a ed.
- CHARLS, Phillip *et al.*, [2009]: *REIT: international experiences. Forms of funding for real-estate companies*, 22 de enero, www.epra.com.
- CLASSEN, Robert [2008]: «Reits und Vor-Reits – Gegenüberstellung der rechtlichen Ausgestaltung», *Betriebs Berater*, núm. 39.
- CMS CAMERON MCKENNA [2007]: *Real Estate Investment Trusts Q&A*, abril.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: *Informe anual 2007*.
- DIARIO EXPANSIÓN, *Los fondos inmobiliarios estudian convertirse en REIT*, 20-4-2009.
– *El alquiler medio sube ya el triple de lo que marca el IPC*, 16-1-2009.
- EICHHOLTZ, Piet y KOK, Nils [2007]: *The EU REIT and the internal market for real estate*, noviembre, accesible en www.epf-fepi.com.
- EL MUNDO (ed. impresa), *Un plan que llega tarde*, 26-12-2008.
- EPRA [2008]: *Global REIT survey*, Ernst & Young (www.epra.com), diciembre.
- EUROPEAN FEDERATION OF NATIONAL ORGANISATIONS WORKING WITH HOMELESS, [2008]: *El papel de la vivienda en el sinhogarismo. Alojamiento y exclusión residencial. Tema anual 2008*, Bruselas, www.feantsa.org.
- EUROSTAT [2007]: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón [2009]: «El nuevo régimen fiscal especial de las SOCIMI o S-REIT», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núms. 1 y 2 (BIB 2009/24).
- GALLEGO, Javier, «Santander pide suspender el pago de un gran fondo inmobiliario por falta de liquidez», *El Mundo*, 16-2-2009.
- HANSMANN, Henry y MATTEL, Ugo [1998]: «The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis», *New York University Law Review*, núm. 73.
- HOGAN, Joe [2007]: «Housing initiatives: the shared ownership lease and affordable housing», *Conveyancing & Property Law Journal*, núm. 83, 12(3).
- HOUSING CORPORATION [2005]: *Have you heard about shared ownership?*, septiembre, www.housingcorp.gov.uk.
- INE, *Índice de Precios de Vivienda (IPV). Base 2007 Cuarto trimestre de 2008*, www.ine.es.
- JONES, Colin [2004]: «The potential contribution of tax transparent investment vehicles to the housing system: a new horizons research project», *Summary Report*, noviembre, conclusiones.
- LEIRADO, Luis [2009]: *Las entidades de tasación (arts. 3, 4, 5 y 6 Ley 41/2007)*, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.), *La reforma del Mercado Hipotecarios y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, Edisofer.
- LIEDO, Manuel [2009]: *SOCIMI: el REIT español en el punto de mira del sector inmobiliario*, Jornadas «Nuevas formas de financiación para las empresas inmobiliarias», Universidad Autónoma de Madrid, enero.
- LÓPEZ BLANCO, Elías [2008]: «Condiciones de admisión a cotización y permanencia en los mercados regulados de acciones», monografía núm. 30, Comisión Nacional del Mercado de Valores, junio.
- MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.) [2009]: *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, Edisofer.
- NAREIT [2007]: *Frequently asked questions about REIT*, www.reit.com.
– [2009]: *The REIT Story*.
- NASARRE AZNAR, Sergio [2003]: *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons.
– [2005]: *La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera*, en la obra colectiva Martín GARRIDO y Josep M.^a FUGARDO (coords.), «El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos, IX Congreso Notarial Español», Tomo 3, Bosch.

- [2004]: *Securitisation & mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron-Walden (UK), Gostick Hall Publications (hoy Oxford University Press).
- NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.) [2006]: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons.
- NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela [2004]: «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 261, diciembre.
- NWOGUGU, Michael, *Some securities law problems inherent in REIT*, Social Science Research Network, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877320.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT [2007]: *Tax treaty issues related to REIT*, Public discussion draft, 30 de octubre, Centre for tax policy and administration.
- ORTI VALLEJO, Antonio y ROJO ÁVAREZ-MANZANEDA, Rafael (coords.) [2009]: «Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria», Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzandi-Thomson Reuters.
- PETERSEN, Andrew [2004]: *Property investment funds-a realty opportunity? Part 1*, ponencia en «Joint Fall CLE Meeting», Boston, American Bar Association Section of Real Property, trust & estate law (puede hallarse en http://www.abanet.org/rppt/meetings_cle/joint2004/home.html).
- PUEBLA AGRAMUNT, Nuria [2005]: *La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en inmovilizado financiero*, IEF, Documento núm. 17.
- RIVAS NIETO, Estela [2009]: *Los patrimonios fiduciarios en el derecho financiero y tributario español*, Civitas, «REDF», núm. 142, págs. 471 a 500.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal [1982]: «La admisión de valores a cotización oficial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 5, enero-marzo.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 28.^a, Cizur Menor, Ed. Thomson-Aranzadi.
- SEGOVIA, Eduardo [2009]: «La banca tendrá que «tirar» de beneficios este año: la morosidad se come las provisiones», *Cotizalia*, 28 de abril, www.cotizalia.com.
- [2008]: «El Gobierno crea un instrumento para que la banca coloque a sus clientes los inmuebles embargados», *Cotizalia*, 10 de noviembre.
- SCHWARCZ, Steven L., «Commercial trusts as business organizations: an invitation to comparatists», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 13:321, Special Issue.
- SINGH, Arjun J., «The evolution of innovative debt and equity structures: the securitisation of US lodging real estate finance», *Briefings in Real Estate Finance*, vol. 2, núm. 2.
- SITKOFF, Robert H. [2005]: «Trust as «uncorporation»: a research agenda», *Law and Economics Research Paper Series*, RP núm. 05-13, University of Illinois Law Review.
- TRELLO, Jesús [2009]: *Visión bancaria del riesgo crediticio en el sector inmobiliario*, conferencia, Universidad Rovira i Virgili, febrero.
- VALLE MUÑOZ, José Luis [2008]: *El mercado secundario de refinanciación hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, «Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge [2002]: *Las sociedades de capital cerradas*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- VIÑAS, Jaume [2008]: «Las nuevas sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria tributarán al 18%», *Cinco Días*, 19 de noviembre.

EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE LOCALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS EN EL IVA

JAVIER BAS SORIA

*Inspector de Hacienda del Estado
Profesor del CEF*

Extracto:

LAS reglas de localización de las prestaciones de los servicios constituyen un elemento esencial en la aplicación del IVA, pues permiten determinar qué prestaciones de servicios en las que estén involucradas empresas establecidas en España o en las que intervienen exclusivamente empresas sin establecimiento en el territorio nacional (más exactamente, el territorio de aplicación del impuesto) vienen sujetas al impuesto.

La Directiva 2006/112/CE, norma básica en el sistema común de IVA comunitario, ha sido objeto de una profunda modificación que, en su mayor parte, debe ser objeto de transposición antes del 1 de enero de 2010. Para ello, se tramita un proyecto de ley que modifica profundamente los artículos 69, 70 y 72 de la Ley 37/1992.

En el presente trabajo se analiza cuál es la situación actual de las reglas de localización, el contenido del citado proyecto y las consecuencias prácticas que dichas modificaciones tienen en la localización de los servicios y aun en la propia consideración de los sujetos pasivos.

Palabras clave: reglas de localización de las prestaciones de servicios, transportes intra-comunitarios, regla de inversión del sujeto pasivo y consideración de empresarios o profesionales en el IVA.

Sumario

1. Reglas de localización del hecho imponible.
2. Evolución normativa de las reglas de localización de los servicios.
3. La regla general de localización de los servicios.
 - 3.1. La sede de la actividad o el establecimiento permanente desde el que se prestan los servicios.
 - 3.2. El desdoblamiento de la regla general: la sede del prestador frente a la sede del prestatario.
4. Reglas especiales de localización de los servicios.
 - 4.1. Servicios relacionados con los inmuebles.
 - 4.2. Servicios de transporte.
 - 4.3. Servicios localizados en el lugar de su realización material.
 - 4.4. Servicios prestados por vía electrónica y servicios de telecomunicaciones.
 - 4.5. Servicios de restaurante y *catering*.
 - 4.6. Servicios de mediación.
 - 4.7. Otros servicios localizados en el lugar de prestación material: trabajos y dictámenes sobre bienes muebles corporales y servicios accesorios a los transportes.
 - 4.8. Arrendamientos a corto plazo de medios de transporte.
 - 4.9. Regla de cierre: utilización efectiva en el TAI de ciertos bienes y servicios.
 - 4.10. Transportes intracomunitarios de bienes.
5. El concepto de empresario ligado a las reglas de localización de los servicios.
6. Conclusiones.

1. REGLAS DE LOCALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE

El Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA), como todos los impuestos, tiene un ámbito de aplicación espacial, que determina la extensión en el espacio de la potestad tributaria del Estado que lo establece. Este ámbito viene determinado por el apartado 1 del artículo 3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA), que incluye «el territorio español, determinado según las previsiones del apartado siguiente, incluyendo en él las islas adyacentes, el mar territorial hasta el límite de doce millas náuticas, definido en el artículo 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, y el espacio aéreo correspondiente a dicho ámbito». El citado apartado excluye para la aplicación del IVA del territorio nacional a las partes de éste que se encuentran, según los Tratados de adhesión, excluidas del ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que en el caso español son los territorios de Ceuta y Melilla y sus dependencias, así como otros territorios excluidos de la armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios, que en nuestro país comprende a Canarias ¹. El conjunto de este ámbito espacial es lo que se denomina el Territorio de Aplicación del Impuesto (en adelante, TAI).

Más esta extensión en el espacio de la norma es sólo una parte del conjunto que permite determinar que una operación debe quedar sujeta al IVA. Se requiere, además, una norma que ligue la realización de una operación al citado TAI; una norma que actúe como punto de conexión de una operación concreta con el TAI. Ésta es la finalidad que cumplen las reglas de localización, determinar que una operación en concreto se ha realizado en el TAI y que, por tanto, se proyecta sobre la misma la sujeción al IVA español.

El estudio de estas reglas de localización viene condicionado por dos circunstancias. En primer lugar, por la manifestación genérica de la Ley General Tributaria (LGT), en su artículo 11, relativa a los criterios de sujeción territorial de las normas tributarias: «Los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso. En su defecto, los tributos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás tributos conforme al criterio de territorialidad que resulte más adecuado a la naturaleza del objeto gravado». En el caso del IVA, el objeto de gravamen es el consumo, según reza el artículo 1 de la LIVA, por lo que los criterios territoriales deberán ser aquellos que aproximen en mayor medida la tributación de una operación al punto donde se efectúe el consumo.

¹ En Canarias, el IVA se sustituye por el IGIC, que aplica reglas muy próximas a las del IVA. En el Proyecto de Ley que se analiza en el presente trabajo se modifican también las reglas de localización aplicables en el IGIC.

Por otro lado, el IVA es un impuesto armonizado a nivel comunitario. La normativa comunitaria esencial viene constituida por la Directiva 2006/112/CE del Consejo. Más allá de lo que resulta evidente, esto es, que la existencia de la Directiva condiciona indudablemente a la normativa nacional, que debe transponer su contenido, en el punto donde nos encontramos conviene destacar que el legislador comunitario ha adoptado una serie de decisiones que afectan a los puntos de conexión. Así, aunque el objeto de gravamen del IVA es el consumo y la localización de las operaciones debería realizarse, en consecuencia, lo más próxima al lugar de consumo, tal y como postula el artículo 11 de la LGT, antes citado; en aquellos casos en los que intervienen dos Estados o territorios en el tráfico de un bien o servicio, la aproximación máxima al lugar de consumo se realiza cuando el destinatario del bien o servicio es un empresario o determinadas personas jurídicas, aunque no sean empresarios; sin embargo, cuando el destinatario de dichos bienes o servicios no es un empresario, la aproximación conoce excepciones, primando en ocasiones sobre el lugar de consumo el lugar del establecimiento del empresario o profesional desde el que se entrega el bien o servicio, aunque difiera del lugar de su consumo efectivo.

En el IVA, como impuesto armonizado, las reglas de localización van a jugar un papel fundamental para distribuir la potestad tributaria de los Estados miembros, tratando de evitar, además, los conflictos de las normas en el espacio, de forma que no se proyecte sobre una misma operación la potestad de dos o más Administraciones fiscales, lo que ocasionaría problemas de doble imposición, que en el ámbito de los impuestos indirectos son más difíciles de solucionar.

Distingue el legislador, en las operaciones interiores, dos tipos fundamentales de modalidades en el hecho imponible: las entregas de bienes, a las que describe como transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales (art. 8 LIVA); y las prestaciones de servicios, que si bien no son objeto de un concepto cerrado, definiéndose de forma residual como toda operación sujeta al IVA que, de acuerdo con la ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes, definición que es completada con una lista enunciativa, no cerrada, de hasta 16 tipos de operaciones que suponen prestaciones de servicios, podemos identificar a través de dos rasgos distintivos que la separan de las entregas de bienes: o bien se trata de operaciones que cabe considerar como transmisiones del poder de disposición, aunque referidas a bienes incorpóreos, o bien se trata de otras operaciones de adquisición, transmisión o extinción de derechos de alcance más limitado que «el poder de disposición», teniendo éstas por objeto bienes corporales o incorpóreos.

Las operaciones que afectan a dos o más Estados, ya sean de la Unión Europea o terceros países, ocasionan asimismo dos hechos imposables independientes en el IVA, la importación y las adquisiciones intracomunitarias de bienes. Ahora bien, ambos conceptos están ligados al concepto de entrega de bienes, en la medida que los dos se proyectan sobre bienes corporales. Resulta especialmente evidente esta conexión en la definición de la adquisición intracomunitaria de bienes que realiza el artículo 15 de la LIVA, a la que casi pudiéramos denominar como entrega de bienes entre Estados miembros: «Se entenderá por adquisición intracomunitaria de bienes, la obtención del poder de disposición sobre bienes muebles corporales expedidos o transportados al territorio de aplicación del impuesto, con destino al adquirente, desde otro Estado miembro, por el transmitente, el propio adquirente o un tercero en nombre y por cuenta de cualquiera de los anteriores».

En el caso de las importaciones, esta vinculación al concepto de entrega no es tan directa a nivel normativo, ya que ni se menciona la transmisión del poder de disposición ni la necesidad de que se trate de bienes corporales. Así, se sujetan las entradas en el país de productos, ya sean con ocasión de una entrega, ya sea en ejecución de contratos que supongan la adquisición de derechos limitados sobre los mismos (como ejemplo más claro podemos citar el arrendamiento) o aun sin que se opere otra cosa que el mero traslado de un bien por su dueño desde un tercer Estado. Es lógica esta ampliación, ya que al introducir un bien, adquirido en cualquier circunstancia en otro Estado distinto de los de la Unión Europea, no se ha proyectado sobre el mismo el IVA, en cualquiera de las manifestaciones comunitarias. Por ello, en la medida que su introducción va a suponer el consumo del bien en territorio comunitario y el IVA grava el consumo, debe sujetarse el bien introducido. Ahora bien, las importaciones se refieren exclusivamente a bienes corporales introducidos. Aunque no lo diga expresamente el artículo 17 de la LIVA, que utiliza el término bien (que puede incluir tanto corporales e incorporeales), la remisión que realiza a los artículos 9 y 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, incluidos en los preceptos relativos a la libertad comunitaria de circulación de mercancías (diferenciada de las restantes libertades básicas de la Comunidad Económica Europea, a saber, libre prestación de servicios, libre circulación de personas y libre circulación de capitales), y la enumeración que el primero de estos artículos realiza de las mercancías originarias de un Estado miembro, determinan bien a las claras que nos encontramos en el ámbito de los bienes corporales exclusivamente.

Las reglas de localización en las entregas de bienes juegan un papel menor. Atiende principalmente ello a la existencia de unas reglas específicas para el gravamen del tráfico entre Estados miembros o entre estos y terceros países, basadas en la corporalidad de las mercancías (que permite un seguimiento del desplazamiento de los bienes, esto es, su transporte), y la aplicación de los hechos imponible antes mencionados, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de bienes, y aun de modalidades cualificadas de las entregas de bienes, ligadas a los conceptos anteriores, como son las exportaciones (que determinará normalmente que en un tercer Estado se produzca una importación) y las entregas intracomunitarias de bienes (que supone la remisión de bienes corporales a otro Estado miembro donde se realizará una adquisición intracomunitaria de bienes). Así, quedan como meras aclaraciones cuando no hay transporte de los bienes corporales, bien porque no se realiza (transmisiones de bienes muebles o semovientes que no se desplazan con ocasión de su transmisión) o bien porque no puede tener lugar por la propia naturaleza del bien (transmisión de inmuebles) o como normas de excepción en el juego normal de las operaciones entre Estados (reglas relativas a las entregas de gas y electricidad, ventas a distancia, entregas de bienes objeto de Impuestos Especiales o entregas de bienes a bordo de un transporte intracomunitario).

En las prestaciones de servicios la regla de localización tiene una importancia capital. A diferencia de las entregas, en las prestaciones de servicios no existe una verificabilidad del desplazamiento entre territorios del objeto imponible. Las prestaciones pueden efectuarse en un territorio y consumirse en otro distinto sin que necesariamente este hecho origine traslados del prestador, del prestatario o aun del propio servicio que requiera un medio de transporte. La regla de localización va a aparecer así como un elemento necesario para ligar el consumo de un servicio a un territorio, prescindiendo en muchos casos de otros lugares relacionados con el prestador o el prestatario distintos de aquel que opera como punto de conexión. Es este carácter esencial de la regla de localización en relación con el servicio el que la convierte en nuestro objeto de estudio.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LAS REGLAS DE LOCALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

El precepto que ha servido de base tradicionalmente a las reglas de localización de los servicios ha sido el artículo 9 de la Sexta Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo. Este precepto sufrió algunas modificaciones, siendo fundamental la relativa a la localización de los servicios electrónicos y de telecomunicaciones, con la finalidad de evitar las distorsiones en la competencia que se estaban produciendo.

Los artículos 69 y 70 de la LIVA también sufrieron, a lo largo del periodo de vigencia de la Sexta Directiva, diversas reformas. Aunque el sustrato fundamental no resultó modificado, las diversas redacciones de estos preceptos trataron tanto de acompasar la normativa nacional a las modificaciones habidas en la normativa comunitaria (como resulta evidente que debe ocurrir) como, en algunas ocasiones, de otorgar una mejor inteligencia del precepto, sin modificar su contenido.

La Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que ha venido a sustituir y refundir a la Sexta Directiva, enfatiza la importancia de las reglas de localización de los servicios, aunque sólo sea por la extensión de los preceptos destinados a su estudio, a las que consagra sus artículos 43 a 59. Esta norma ha sido modificada por la Directiva 2008/8/CE, del Consejo, de 12 de febrero, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios; contemplando normas con distintas fechas previstas para su transposición (desde 1 de enero de 2009 y hasta 1 de enero de 2015). El grueso, no obstante, de sus modificaciones deben ser objeto de incorporación a la normativa nacional antes del 1 de enero de 2010.

En nuestro derecho interno, se tramita en el momento de redactar este estudio el Proyecto de Ley 121/000043, por la que se transponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria (en adelante, PIVA), cuyas disposiciones en relación con el IVA van a ser objeto del presente trabajo.

3. LA REGLA GENERAL DE LOCALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

3.1. La sede de la actividad o el establecimiento permanente desde el que se prestan los servicios.

Tanto en la Directiva 2006/112/CE como en la LIVA, las reglas de localización de los servicios se articulan en torno a una regla general y diversas reglas especiales. Contra lo que podría parecer por su denominación, la profusión de reglas especiales hace que la regla general quede restringida en su aplicación, pues debemos identificar, en primer lugar, si existe una regla especial aplicable al caso concreto. Una vez determinado que no existe regla especial, acudiríamos a esta regla general, que funciona, de facto, más como regla de cierre que como supuesto de aplicación extensiva.

El artículo 69 de la LIVA establece como regla general de localización de las prestaciones la sede de la actividad económica del prestador de los servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70 de esta ley. Coincidió plenamente este criterio con el establecido por el artículo 43 de la Directiva 2006/112/CE, antes de su modificación por la Directiva 2008/8/CE.

Prosigue a continuación el legislador nacional, distinguiendo los conceptos de sede de actividad y de establecimiento permanente, así como determinando el lugar de localización de la prestación cuando concurra en un sujeto pasivo la sede con uno o varios establecimientos permanentes y aun en el caso de defecto de ambos.

Se define por el artículo 69.2 de la LIVA la sede de la actividad económica como el lugar donde el interesado centralice la gestión y el ejercicio habitual de su actividad empresarial o profesional, siempre que carezca de establecimientos permanentes en otros territorios. Aunque la normativa comunitaria no desarrolla un concepto propio de la sede de actividad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto, concluyendo que la sede de actividad es el lugar donde se adoptan las decisiones esenciales relativas a la dirección general de una empresa y donde se desarrollan las funciones de administración central de ésta [Sentencia de 28 de julio de 2007, asunto C-73/06, Planzer Luxembourg (NFJ026006)]; concepto que, como vemos, es perfectamente compatible con el desarrollado por nuestra normativa interna.

El concepto de establecimiento permanente tampoco se encuentra desarrollado por la normativa comunitaria. El artículo 69.5 de la LIVA destaca que tendrá esta consideración cualquier lugar fijo de negocios donde los empresarios o profesionales realicen actividades económicas. Resulta evidente que éste debe ser un lugar diferenciado de la sede de actividad. Completa su definición el precepto con una enumeración de posibles establecimientos permanentes, que aunque no es lista cerrada, por su amplitud, deja poco espacio a su desarrollo:

- a) La sede de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, tiendas y, en general, las agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta del sujeto pasivo.
- b) Las minas, canteras o escoriales, pozos de petróleo o de gas u otros lugares de extracción de productos naturales.
- c) Las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de 12 meses.
- d) Las explotaciones agrarias, forestales o pecuarias.
- e) Las instalaciones explotadas con carácter de permanencia por un empresario o profesional para el almacenamiento y posterior entrega de sus mercancías.
- f) Los centros de compras de bienes o de adquisición de servicios.
- g) Los bienes inmuebles explotados en arrendamiento o por cualquier título.

En todo caso, debemos destacar los rasgos esenciales que derivan de este concepto, como son, la presencia, con un cierto grado de permanencia, en un lugar físico del territorio, y la finalidad

empresarial de ese lugar, esto es, la voluntad de realizar operaciones del tráfico empresarial desde este lugar (debemos tener presente que estas operaciones pueden ser, tanto las entregas y prestaciones que constituyen el desarrollo de la actividad, como las adquisiciones de bienes y servicios con la finalidad, verificada por elementos objetivos, de destinarlas a las actividades, que el TJCE ha considerado que confieren el carácter de empresario), estando dotado para ello, como cualquier empresario, de un conjunto de medios materiales y humanos suficiente para desarrollar dicha actividad.

También en este caso el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse, en numerosas sentencias, ratificando los criterios de la normativa interna y subrayando los rasgos que hemos destacado.

Pues bien, cuando concurra en la prestación de servicios un empresario con diversos establecimientos permanentes, y sea aplicable la regla general de localización de los servicios, se considerará prestado el servicio en el territorio donde radique el establecimiento desde el que se realice la prestación de los mismos.

Se establece, como hemos dicho, una regla de cierre, para los casos en los que siendo de aplicación la regla general de localización de los servicios no se pueda identificar una sede de actividad ni un establecimiento permanente, considerando que en estos casos el servicio se localizará en el lugar donde se encuentre el domicilio de quien los preste.

Como hemos destacado al comienzo de este apartado, esta regla, a pesar de su carácter de regla general, no tiene un alcance excesivamente amplio. Ha entendido tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia del TJCE que esta regla es aplicable, entre otras, a operaciones de arrendamiento de medios de transporte y contenedores; fletamento, total o parcial, de buques y aeronaves; servicios de colocación y reposición de productos en *stands* de comercios; servicios veterinarios; o servicios de recogida, clasificación, tratamiento y eliminación de residuos.

3.2. El desdoblamiento de la regla general: la sede del prestador frente a la sede del prestatario.

Los artículos 44 y 45 de la Directiva 2006/112/CE, modificados con efectos 1 de enero de 2010 por la Directiva 2008/8/CE, introducen sendas reglas generales para la localización de los servicios: el lugar de realización de las prestaciones de servicios que tengan como destinatarios a empresarios o profesionales, actuando como tales (en adelante, nos referiremos a esta situación con la expresión de «empresarios o profesionales» únicamente), será el lugar en el que el destinatario tenga la sede de su actividad económica o el establecimiento permanente donde se reciba el servicio; por el contrario, cuando los destinatarios de los servicios no tengan la consideración de empresarios o profesionales actuando como tales, el lugar de localización de la prestación será el lugar en el que radique la sede o el establecimiento permanente del empresario que presta el servicio desde el que se realice. En defecto de tal sede de actividad económica o establecimiento permanente, se mantiene como lugar de la prestación de los servicios el domicilio o residencia habitual del prestador.

El artículo 69 de la LIVA, en la redacción que le otorga el PIVA, recoge esta misma dualidad. Se subraya, además, que la regla general será aplicable en defecto de la aplicabilidad de las reglas especia-

les, contempladas en los artículos 70 y 72 de la LIVA (se derogan en este proyecto los arts. 73 y 74 LIVA, que también contenían reglas especiales de localización de determinados servicios vinculados con los transportes intracomunitarios, por lo que no es necesario incluir referencia a dichos preceptos).

Supone este cambio, por una parte, una ampliación del ámbito de la norma general, aunque no sea un verdadero giro copernicano en las reglas de la localización del hecho imponible, ya que esta regla de localización en la sede del destinatario, cuando se tratase de un empresario o profesional, ya se encontraba contemplada en el artículo 70.uno.5.º de la LIVA, e indirectamente, en la medida que numerosos servicios podían localizarse en el lugar de elección del destinatario por la comunicación de un NIF-IVA. Ahora bien, allí donde esa regla de localización se aplicaba exclusivamente para los servicios previstos en dicha regla especial (muy amplia, eso sí) o cuando el NIF-IVA comunicado fuera el atribuido por el lugar donde se encuentre la sede, pasa ahora, como regla general, a ser de aplicación, además de a los mismos servicios que se enumeraban, a otros en los que no exista previsión expresa de otra regla especial. Por ejemplo, cuando el destinatario sea empresario o profesional, los servicios que antes se localizaban por la regla general en la sede del prestador, como arrendamiento de medios de transporte y contenedores —no obstante, debemos tener presente en relación con este servicio que aparece una nueva regla especial, cuando se trate de arrendamientos a corto plazo—; fletamento, total o parcial, de buques y aeronaves; servicios de colocación y reposición de productos en *stands* de comercios; servicios veterinarios; o servicios de recogida, clasificación, tratamiento y eliminación de residuos, así como todos los servicios que se localizaban con la regla de NIF-IVA, se localizan con la nueva regulación en la sede del destinatario que tenga la condición de empresario.

Matiza, sin embargo, la norma interna que determinados servicios (los que hasta la fecha se encontraban en el art. 70.uno.5.º LIVA), cuando el destinatario de los mismos no sea un empresario o profesional, que tenga su domicilio o residencia habitual fuera de la Comunidad, salvo que se trate de las Islas Canarias, Ceuta o Melilla, no se entenderán realizados en el TAI. No supone este hecho modificación alguna al régimen vigente. La enumeración de los servicios a los que se aplica esta regla especial es la siguiente:

- a) Las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica o comerciales y los demás derechos de propiedad intelectual o industrial, así como cualesquiera otros derechos similares.
- b) La cesión o concesión de fondos de comercio, de exclusivas de compra o venta o del derecho a ejercer una actividad profesional.
- c) Los de publicidad.
- d) Los de asesoramiento, auditoría, ingeniería, gabinete de estudios, abogacía, consultores, expertos contables o fiscales y otros similares, con excepción de los comprendidos en el número 1.º del apartado uno del artículo 70 de la LIVA.
- e) Los de tratamiento de datos y el suministro de informaciones, incluidos los procedimientos y experiencias de carácter comercial.
- f) Los de traducción, corrección o composición de textos, así como los prestados por intérpretes.

- g) Los de seguro, reaseguro y capitalización, así como los servicios financieros, citados respectivamente por el artículo 20, apartado uno, números 16.º y 18.º, de esta ley, incluidos los que no estén exentos, con excepción del alquiler de cajas de seguridad.
- h) Los de cesión de personal.
- i) El doblaje de películas.
- j) Los arrendamientos de bienes muebles corporales, con excepción de los que tengan por objeto cualquier medio de transporte y los contenedores.
- k) La provisión de acceso a los sistemas de distribución de gas natural o electricidad, el transporte o transmisión de gas y electricidad a través de dichos sistemas, así como la prestación de otros servicios directamente relacionados con cualesquiera de los servicios comprendidos en esta letra.
- l) Las obligaciones de no prestar, total o parcialmente, cualquiera de los servicios enunciados en este número.

Igualmente, cuando el destinatario de un servicio prestado por vía electrónica o de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión no sea un empresario o profesional y su domicilio se encuentre fuera de la Comunidad (sin exceptuar aquí a Canarias, Ceuta y Melilla), se considerará que no se ha realizado en el TAI, aunque el empresario prestador tenga en el mismo su sede.

Cabe recordar, además, que si el destinatario de cualquiera de los servicios mencionados en los dos párrafos anteriores fuera un empresario o profesional que no estuviese establecido en la Comunidad, se localizaría, según la regla general, en el lugar donde tuviera su sede o establecimiento permanente en el que se reciba el servicio. Debemos tener presente, no obstante, en este caso la norma cautelar que contempla el apartado 70.dos de la LIVA, tanto en la redacción vigente como en su nueva redacción dada por el PIVA, que sujeta estos servicios, a pesar de tener como destinatario a un empresario o profesional no establecido en la Comunidad, cuando su utilización o explotación efectivas se realicen en el TAI.

Supone, en definitiva, esta regla, en el caso de los servicios que tengan por destinatarios a empresarios, aproximar el devengo del IVA al lugar donde se debe practicar la deducción de la cuota soportada (la sede del destinatario); por el contrario, cuando el destinatario de los servicios no sea un empresario, se prefiere, frente al devengo en el lugar de consumo efectivo, el gravamen en el lugar donde radica el establecimiento del prestador que, al fin y al cabo, habrá practicado las deducciones de las cuotas soportadas empleadas para la realización de dicha prestación, garantizando que allá donde haya existido un IVA soportado exista igualmente un IVA repercutido.

Se completa la nueva regulación del artículo 69 de la LIVA con la definición de la sede de actividad y del establecimiento permanente, en idénticos términos a los antes estudiados.

Cabe realizar una consideración adicional sobre el cambio operado en la localización de diversos servicios que se venía efectuando mediante la regla del NIF-IVA (servicios de mediación, trabajos

sobre bienes muebles corporales, transporte intracomunitario de bienes) a la sede del prestatario. Así, aun cuando pueda parecer que no cambia sustancialmente su contenido y, efectivamente, así sea en la mayoría de los casos, ya que el NIF-IVA comunicado coincidirá, en muchos casos, con el correspondiente a la sede o establecimiento al que se vinculen los servicios, supone una mejor aproximación al lugar de consumo. El NIF-IVA se puede obtener, de acuerdo con las condiciones que establezca cada Estado miembro, sin que su asignación exija necesariamente que el que lo obtiene tenga la condición de establecido. Sirva de ejemplo el artículo 25 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que regula las condiciones de concesión del NIF-IVA en España (que, por otra parte, es el caso que más nos interesa), en cuyos apartados dos y tres se recogen, respectivamente, las condiciones para la concesión y aquellos supuestos en los que no se concederá el NIF-IVA y que disponen:

«2. El número de identificación fiscal definido en el apartado anterior se asignará a las siguientes personas o entidades:

- a) Los empresarios o profesionales que realicen entregas de bienes, prestaciones de servicios o adquisiciones intracomunitarias de bienes sujetas al citado impuesto, incluso si los bienes objeto de dichas adquisiciones intracomunitarias se utilizan en la realización de actividades empresariales o profesionales en el extranjero.
- b) Las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales, cuando las adquisiciones intracomunitarias de bienes que efectúen estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13.1.º y 14 de la ley reguladora del mismo.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 anterior, no se asignará el número de identificación específico a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, a las siguientes personas o entidades:

(...)

- d) Los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido, que realicen en dicho territorio exclusivamente operaciones por las cuales no sean sujetos pasivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.uno, números 2.º, 3.º y 4.º de la ley reguladora de dicho impuesto.
- e) Los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido que realicen en el mismo exclusivamente las adquisiciones intracomunitarias de bienes y entregas subsiguientes a las que se refiere el artículo 26.tres de la ley de dicho impuesto.»

Resulta evidente pues que no es requisito para la obtención del NIF-IVA tener la condición de establecido, por disponer en el TAI de un establecimiento permanente. Así pues, al vincular la nueva regla general contemplada en el PIVA la localización de los servicios en el establecimiento del destinatario, servicios que en régimen vigente se localizan por el territorio que haya atribuido

el NIF-IVA comunicado, se está limitando la opción del sujeto pasivo, aunque también se está logrando una verdadera aproximación al lugar de consumo que, con el régimen anterior, no se lograba.

4. REGLAS ESPECIALES DE LOCALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

4.1. Servicios relacionados con los inmuebles.

El artículo 70.uno.1.º de la LIVA contempla la regla de localización de los servicios relacionados con inmuebles: estos servicios se entenderán localizados allí donde esté localizado el inmueble. Incluye la norma española una lista enunciativa de servicios que se entienden vinculados con los inmuebles:

- a) El arrendamiento o cesión de uso por cualquier título de dichos bienes, incluidas las viviendas amuebladas.
- b) Los relativos a la preparación, coordinación y realización de las ejecuciones de obra inmobiliarias.
- c) Los de carácter técnico relativos a dichas ejecuciones de obra, incluidos los prestados por arquitectos, arquitectos técnicos e ingenieros.
- d) Los de gestión relativos a bienes inmuebles u operaciones inmobiliarias.
- e) Los de vigilancia o seguridad relativos a bienes inmuebles.
- f) Los de alquiler de cajas de seguridad.
- g) La utilización de vías de peaje.

El artículo 47 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, mantiene esta regla de localización, aunque incluye un supuesto específico de servicio relacionado con los inmuebles que no se contemplaba de forma expresa ni en la normativa nacional ni en la Directiva: la provisión de alojamiento en el sector hotelero o en sectores con función similar.

La reforma del artículo 70.uno.1.º de la LIVA que contiene el PIVA incluye, en desarrollo de esta previsión, como servicio relacionado con los inmuebles «Los de alojamiento en establecimientos de hostelería, acampamento y balneario».

Poco cabe comentar entorno a esta regla, en la que la aproximación al lugar de consumo, en la medida que existe un inmueble al que se vincula el servicio, es máxima. Quedará más difusa dicha conexión con el territorio de consumo cuanto más se aleje la vinculación (que ya no exige la norma que sea directa) del servicio con el inmueble. Por otra parte, es norma general en la imposición indi-

recta que el gravamen de las operaciones relacionadas con inmuebles se produzca en el lugar donde radique el inmueble, con lo que la elección es la más evidente.

Resulta relevante destacar que la doctrina administrativa ha aplicado este criterio con carácter preferente sobre otros criterios especiales que puedan concurrir en relación con el mismo servicio (particularmente, con la regla que contiene hasta la reforma que propone el PIVA del art. 70.uno.5.º LIVA). Al haberse desplazado esta regla a criterio general de localización, que se aplica con carácter subsidiario a la existencia de una regla especial, se ratifica dicho criterio.

4.2. Servicios de transporte.

El artículo 70.uno.2.º de la LIVA contempla la regla de localización de los transportes, con excepción de los transportes intracomunitarios, que poseen una regla especial en el artículo 72 de la LIVA. Se localizan, ya sean transportes de personas o mercancías, en la parte del trayecto realizado en el TAI (debemos recordar, a estos efectos, la extensión espacial del TAI que prevé el art. 3 LIVA y que hemos comentado en el primer apartado de este trabajo).

La Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, contempla sendas reglas de localización de los transportes en sus artículos 48 y 49, respectivamente, referidos a los transportes de mercancías para empresarios y para no empresarios, fijándose idéntica norma: el lugar de realización será el territorio donde se realice el transporte, en función de las distancias recorridas.

El artículo 70.uno.2.º de la LIVA, modificado por el PIVA, contempla la localización de los servicios de transporte, por la parte del trayecto recorrido por el TAI, en dos supuestos:

- a) Los de transporte de pasajeros, cualquiera que sea su destinatario.
- b) Los de transporte de bienes distintos de los transportes intracomunitarios de bienes cuyo destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal.

Esta modificación supone, respecto a la situación precedente, que los servicios de transporte de bienes, distintos de los transportes intracomunitarios, cuyo destinatario sea un empresario actuando como tal se entenderán localizados en el TAI y por todo el trayecto realizado, aunque se recorran territorios fuera del mismo (les será aplicable la nueva regla general del art. 69 LIVA). No hay modificación en relación con los servicios de transporte de personas, sean sus destinatarios empresarios o no. Esta modificación simplifica sin duda el régimen de devoluciones a no establecidos en relación con los servicios de transporte, aunque es indudable que se produce un alejamiento del lugar de consumo efectivo en el gravamen.

4.3. Servicios localizados en el lugar de su realización material.

El artículo 70.uno.3.º de la LIVA contempla una enumeración de servicios, de naturaleza diferente, que se localizan en el lugar donde materialmente hayan sido prestados:

- a) Los de carácter cultural, artístico, deportivo, científico, docente, recreativo o similares, incluyendo los servicios de organización de los mismos y los demás servicios accesorios de los anteriores.
- b) Los de organización para terceros de ferias y exposiciones de carácter comercial.
- c) Los juegos de azar.
- d) Los accesorios a los transportes de mercancías, distintos a los referidos en el artículo 73 de la LIVA para los transportes intracomunitarios, relativos a las propias mercancías, tales como la carga y descarga, transbordo, mantenimiento y servicios análogos.

Estas reglas se encuentran contempladas en los artículos 53 y 54 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, respectivamente para los servicios prestados a empresarios o profesionales y para los no empresarios.

La reforma de este precepto contenida en el PIVA mantiene la regla de localización en el lugar donde se presten materialmente, sin diferenciar si el destinatario es un empresario o no (al fin y al cabo, la regla es idéntica) aunque restringe su extensión actual incluyendo únicamente los servicios siguientes: los relacionados con manifestaciones culturales, artísticas, deportivas, científicas, educativas, recreativas, juegos de azar o similares, como las ferias o exposiciones, incluyendo los servicios de organización de los mismos y los demás servicios accesorios a los anteriores.

Respecto al precepto que sirve de base, esta norma amplía, incluyendo los servicios relativos a juegos de azar, aunque el TJCE [Sentencia de 12 de mayo de 2005, asunto C-452/03 (NFJ019667)] ha destacado que estos servicios tienen carácter recreativo, por lo que el criterio nacional es simplemente aclaratorio.

Respecto a la normativa anterior, desaparece la referencia a los servicios accesorios a los transportes (aunque el art. 70.uno.7.º LIVA, en su redacción dada por el PIVA, contempla una regla para estos servicios, cuando su destinatario sea un no empresario), por lo que pasarán a localizarse, cuando su destinatario sea un empresario o profesional, de acuerdo con la norma general del nuevo artículo 69 de la LIVA en la sede o establecimiento del destinatario. Podemos hacer la misma reflexión que en el punto anterior hacíamos sobre la aplicación de esta misma regla general a los servicios de transporte.

4.4. Servicios prestados por vía electrónica y servicios de telecomunicaciones.

El artículo 70.uno.4.º de la LIVA establece hasta tres reglas de localización de los servicios prestados por vía electrónica, así como el concepto de estos mismos servicios. Dichas reglas diferencian los siguientes supuestos:

- a) Cuando el destinatario de los citados servicios sea un empresario o profesional, los servicios se localizarán donde tenga la sede el destinatario.
- b) Cuando los servicios se presten por un empresario y el destinatario no sea un empresario o profesional, siempre que uno y otro estén establecidos en la Comunidad, se localizarán en

el territorio donde el empresario prestador tenga la sede de su actividad o el establecimiento permanente desde el que se preste el servicio.

- c) Finalmente, cuando el destinatario del servicio no tenga la condición de empresario o profesional y esté domiciliado en la Comunidad, siempre que el prestador esté establecido fuera de la Comunidad, el servicio se localizará allí donde se encuentre domiciliado el destinatario del servicio.

Completa su regulación este precepto destacando un concepto de los servicios prestados por vía electrónica, que incluye aquellos que consistan en la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la compresión numérica y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos. Se incorpora, además, una enumeración de servicios en los que se pueden dar estas circunstancias:

- a) El suministro y alojamiento de sitios informáticos.
- b) El mantenimiento a distancia de programas y de equipos.
- c) El suministro de programas y su actualización.
- d) El suministro de imágenes, texto, información y la puesta a disposición de bases de datos.
- e) El suministro de música, películas, juegos, incluidos los de azar o de dinero, y de emisiones y manifestaciones políticas, culturales, artísticas, deportivas, científicas o de ocio.
- f) El suministro de enseñanza a distancia.

El artículo 70.uno.8.º de la LIVA establece la misma regla de localización expuesta para los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión; definiendo a los primeros como aquellos que tengan por objeto la transmisión, emisión y recepción de señales, textos, imágenes y sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, incluyendo la cesión o concesión de un derecho al uso de medios para tal transmisión, emisión o recepción e, igualmente, la provisión de acceso a redes informáticas.

El artículo 58 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por la Directiva 2008/8/CE, sirve de base a estos preceptos, estableciendo que estos servicios se localizarán en el lugar en el que el destinatario tenga su domicilio o residencia habitual, cuando se presten a personas que no tengan la condición de empresario y que tengan su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro, por un sujeto pasivo que tenga establecida la sede de su actividad económica fuera de la Comunidad o posea un establecimiento permanente fuera de ella desde el que se realice la prestación de servicios.

La nueva redacción del artículo 70.uno.4.º de la LIVA que contiene el PIVA, según la modificación operada en la Directiva, simplifica la regla de localización, en la medida en que únicamente contempla los servicios prestados por empresario o profesional desde la sede de actividad o un establecimiento permanente situado fuera de la Comunidad, cuando el destinatario de los mismos no sea, a su vez, empresario o profesional, siempre que éste se encuentre establecido o tenga su residencia o domicilio habitual en el TAI, que se localizan en el TAI. Idéntica regla se contiene para los servi-

cios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión en el artículo 70.uno.8.º de la LIVA que redacta el PIVA.

Cuando el destinatario de los servicios electrónicos o de telecomunicaciones sea un empresario o profesional actuando como tal, cualquiera que sea el lugar donde esté establecido el prestador, se entenderá localizado, tal y como venía ocurriendo, en la sede del destinatario, ahora bien, no ya por la regla especial del 70.uno.4.º de la LIVA, sino por la regla general del nuevo artículo 69 de la LIVA.

Igualmente, cuando el destinatario de los servicios no tenga la condición de empresario y el prestador se encuentre establecido en el TAI, por la misma regla general contenida en el artículo 69 de la LIVA en su nueva redacción se localizará en el TAI. No obstante, debemos recordar la limitación en el alcance de este precepto que incluye el apartado dos del citado artículo 69 de la LIVA, según el cual, cuando el destinatario que no tenga condición de empresario no esté establecido en la Comunidad, no se localizará en el mismo la prestación de servicios.

Finalmente, debemos tener presente la regla de cierre del artículo 70.dos de la LIVA, presente tanto en la normativa precedente como en la normativa que incorpora el PIVA, y que sujeta los servicios prestados por vía electrónica cuando su utilización efectiva se produzca en el TAI, cuando su destinatario sea un empresario o profesional; y los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión, cualquiera que sea la condición del destinatario, cuando igualmente su utilización efectiva se produzca en el TAI.

Incluye la nueva regulación de las reglas de localización, al igual que el texto vigente, los conceptos de los servicios por vía electrónica, así como la enumeración de supuestos, y de los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión, idénticos en su tenor literal a los vigentes. No obstante, se desplazan de las reglas especiales respectivas a la regla general (art. 69.tres.3 y 4 LIVA en su nueva redacción), desplazamiento lógico ya que, como hemos visto, la mayoría de estos servicios se localizarán por las reglas generales.

Debemos destacar, además, que la propia Directiva 2008/8/CE prevé una nueva redacción para este precepto con efectos 1 de enero de 2015, en el que la localización de los servicios electrónicos y de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión, cuando su destinatario no tenga la condición de empresario o profesional, se realizará en el lugar donde éste tenga su residencia o domicilio habitual, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre la sede o establecimiento permanente desde el que se preste el servicio (es decir, será necesario modificar la regla vigente que se aplica a los servicios prestados por empresarios establecidos en el TAI para destinatarios que no tengan la condición de empresario o profesional y estén establecidos en la Comunidad).

4.5. Servicios de restaurante y *catering*.

El artículo 70.uno.5.º de la LIVA, en su nueva redacción por el PIVA, establece reglas de localización para los servicios de restaurante y *catering*, que no se encontraban contemplados de forma expresa en ninguna regla especial y a los que se les aplicaba, en consecuencia, la regla general de localización en la sede o establecimiento permanente del prestador.

Con la nueva redacción se entenderán localizados los servicios de restauración y *catering* prestados a bordo de un buque, de un avión o de un tren, en el curso de la parte de un transporte de pasajeros realizado en la Comunidad en el lugar de inicio del mencionado transporte. Se iguala con esta regulación la prestación de servicios a las entregas de bienes en el curso de un transporte realizado en la Comunidad, que se encuentran contempladas en el artículo 68.dos.4 de la LIVA. A este respecto, conviene traer a colación la distinción entre una entrega de bienes, que tenga por objeto alimentos o bebidas, y un servicio de restauración o *catering*, difusa en algunos casos y que es razón más que suficiente para equiparar su regla de localización. El TJCE se ha pronunciado sobre esta cuestión en Sentencia de 2 de mayo de 1996 [asunto C-231/94 (NFJ004368)], destacando que el servicio de restaurante se caracteriza por la existencia de una serie compleja de prestaciones, además de la propia entrega de los alimentos, preparados o no, como es poner a disposición del cliente mesas y cubiertos donde degustarlos, servir los platos, recomendar y aconsejar sobre los productos y retirar las mesas después del servicio. De este criterio derivamos que cuando se produzca simplemente la entrega de alimentos o bebidas, preparados o no, el servicio tendrá la consideración de entrega de bienes.

Se completa esta regla relativa a los servicios de restauración y *catering* prestados a bordo de un buque, de un avión o de un tren con la definición de los conceptos de parte de un transporte de pasajeros realizado en la Comunidad, que será la parte de un transporte de pasajeros que, sin hacer escala en un país o territorio tercero, discorra entre los lugares de inicio y de llegada situados en la Comunidad; el lugar de inicio, conceptualizado como el primer lugar previsto para el embarque de pasajeros en la Comunidad, incluso después de la última escala fuera de la Comunidad; y el lugar de llegada, que es el último lugar previsto para el desembarque en la Comunidad de pasajeros embarcados. Criterios, por lo demás, idénticos a los contenidos en el artículo 68.dos.4 de la LIVA al que nos referíamos.

Los servicios de restaurante y *catering* diferentes del mencionado se entenderán localizados en el lugar donde se presten materialmente.

Las mencionadas reglas son transposición prácticamente literal de lo contenido, respectivamente, en los artículos 57 y 55 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE.

4.6. Servicios de mediación.

El artículo 70.uno.6.º de la LIVA contiene una de las reglas de localización más extensas para los servicios de mediación, en la que se distinguen hasta tres categorías de servicios para fijar sus reglas de localización:

- a) En primer lugar se ve la mediación en las prestaciones relacionadas con inmuebles (contempladas en el art. 70.uno.1.º LIVA), que se localizarán allí donde radique el inmueble.
- b) Se contempla a continuación la mediación en los servicios prestados por vía electrónica, los servicios de telecomunicaciones y los servicios localizados en sede del prestatario (regulados, respectivamente en el art. 70.uno.4.º, el 70.uno.8.º y el 70.uno.5.º LIVA) que se localizan en el TAI en cuanto los servicios respecto de los que se produce la mediación tengan por desti-

natario a un empresario o profesional establecido en otro Estado miembro o a una persona no establecida en la Comunidad, cuando el destinatario del servicio de mediación disponga en el territorio de aplicación del impuesto de la sede de su actividad económica, de un establecimiento permanente o, en su defecto, del lugar de su domicilio, siempre que los servicios de mediación tengan por destinatarios tales sede, establecimiento o domicilio.

- c) Finalmente, los restantes servicios de mediación que se localizan en el territorio que haya expedido el número de identificación a efectos del IVA comunicado por el destinatario de los servicios, y si no lo hubiera comunicado, en el mismo lugar donde se entienda localizada la operación respecto de la que se produce la mediación.

El artículo 46 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, regula los servicios de mediación, exclusivamente para los casos en los que la mediación se realice para una persona que no tenga la condición de empresario o profesional, disponiendo que en este caso se localizará el servicio en el lugar en el que se haya producido la operación subyacente.

La nueva regulación del artículo 70.uno.6.º de la LIVA, tal y como queda redactado por el PIVA, sigue este criterio y contempla exclusivamente los de mediación en nombre y por cuenta ajena cuyo destinatario no sea un empresario o profesional, localizándose en el lugar donde se entiendan realizadas las operaciones respecto de las que se medie.

Los servicios de mediación en prestaciones relacionadas con inmuebles, tengan por destinatario a un empresario o profesional o no, que desaparecen de esta regla se localizarán con el texto vigente tras el PIVA de acuerdo con la regla del artículo 70.uno.1.º de la LIVA, esto es, donde radique el inmueble al que se vincula la prestación, por lo que no supone ningún cambio efectivo.

Los restantes servicios de mediación, esto es, los distintos a la mediación en prestaciones relacionadas con inmuebles que tienen por destinatario a un empresario o profesional, que por otra parte serán la mayoría, se localizarán con la regla general prevista en la nueva redacción del artículo 69 de la LIVA: en el lugar donde tenga su sede o establecimiento el empresario o profesional destinatario del servicio de mediación. No supone un gran cambio, más allá de la sustitución, que hemos comentado anteriormente, de la regla NIF-IVA por la regla de lugar del destinatario, más exacta con el lugar de consumo efectivo.

4.7. Otros servicios localizados en el lugar de prestación material: trabajos y dictámenes sobre bienes muebles corporales y servicios accesorios a los transportes.

El artículo 70.uno.7.º de la LIVA contempla la regla de localización de los servicios relativos a trabajos realizados sobre bienes muebles corporales y los informes periciales, valoraciones y dictámenes relativos a los mismos. Se localizan en el territorio que haya expedido el número de identificación a efectos del IVA comunicado por el destinatario de los servicios, y si no lo hubiera comunicado, en el lugar donde se entienda realizada materialmente la operación. Existe, además, una

regla especial para los servicios relativos a medios de transporte, cuando los mismos se presten en el TAI sobre vehículos matriculados en dicho territorio, que se entenderán localizados, en todo caso y cualquiera que sea el NIF-IVA que se comunique, en el TAI.

El artículo 54.2 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, contempla la regla de localización aplicable a los servicios prestados a personas que no tengan la condición de empresario o profesional, relativos a la tasación de bienes muebles corporales y ejecuciones de obra sobre los mismos, y los accesorios a los transportes, que será el lugar donde se presten materialmente.

Siguiendo esta nueva base, el artículo 70.uno.7.º de la LIVA, tal y como lo redacta el PIVA, contempla exclusivamente la regla de localización para los servicios prestados a personas que no tengan la consideración de empresarios o profesionales, aunque incluye, junto con los trabajos y las ejecuciones de obra realizados sobre bienes muebles corporales y los informes periciales, valoraciones y dictámenes relativos a dichos bienes, que eran su contenido tradicional, los servicios accesorios a los transportes tales como la carga y descarga, transbordo, manipulación y servicios similares (que se regulaban por el art. 70.uno.3.º LIVA, con idéntica regla de localización).

Esta modificación supone excluir de la regla especial los servicios prestados para empresarios o profesionales, que se localizarán, de acuerdo con la regla general contenida en la modificación del artículo 69 de la LIVA, en la sede del destinatario (ahora bien, que es un criterio muy próximo al precedente, ya que la acreditación de la condición de empresario o profesional debe realizarse a través de la comunicación del NIF-IVA).

Se suprime la posibilidad de que personas que dispongan de un NIF-IVA lo comuniquen y localicen los servicios en el territorio que haya asignado dicho NIF-IVA. Realmente esta variación no tiene en la mayoría de los casos efectos prácticos, tal y como hemos expuesto al estudiar la regla general. Igualmente, desaparece definitivamente la norma cautelar relativa a los vehículos, y cualquiera que sea su matrícula se aplicará la regla anterior.

4.8. Arrendamientos a corto plazo de medios de transporte.

El artículo 56 de la Directiva 2006/112/CE, en su redacción dada por Directiva 2008/8/CE, introduce una nueva regla de localización para los arrendamientos a corto plazo de medios de transporte, entendiendo por tales aquellos que permitan un uso continuado de un medio de transporte durante un periodo ininterrumpido no superior a 30 días y, en el caso de los buques, no superior a 90 días. Este servicio se localizará en el lugar en el que el medio de transporte se ponga efectivamente a disposición del destinatario.

Siguiendo esta modificación, introduce el PIVA un nuevo apartado 9 en el artículo 70.uno de la LIVA, que localiza los arrendamientos a corto plazo de medios de transporte (a los que se define en idéntica forma a la expuesta en la Directiva) en el TAI cuando éstos se pongan efectivamente en posesión del destinatario en el citado territorio.

Esta regla supone un cambio tanto sobre el régimen precedente, en el que los arrendamientos de medios de transporte se localizaban en el lugar donde tuviera su sede o establecimiento permanente el prestador (aunque normalmente el lugar de la sede coincidirá con el de la puesta a disposición –especialmente en vehículos– nada impide que contractualmente se ponga a disposición en lugar distinto –mucho más normal en el caso de arrendamiento de buques o aeronaves–), como en la localización con arreglo a las nuevas reglas generales, que cuando el arrendamiento no sea a corto plazo imponen su localización, si el arrendatario es un empresario o profesional, en el lugar de donde esté su sede o establecimiento permanente, y, en otro caso, en el lugar donde esté la sede o establecimiento permanente del arrendador.

4.9 Regla de cierre: utilización efectiva en el TAI de ciertos bienes y servicios.

Establece el artículo 70.dos de la LIVA una regla de cierre, en relación con los servicios prestados por vía electrónica, los localizados en sede del prestatario –70.uno.5.º– y los de mediación, cuando su destinatario sea un empresario, así como en relación con los de telecomunicaciones, cualquiera que sea su destinatario, que se entenderán localizados en el TAI cuando los servicios sean, efectivamente, utilizados en el TAI, salvo que se hubieran localizado en Comunidad, Islas Canarias, Ceuta o Melilla.

El PIVA modifica dicho artículo 70.dos de la LIVA, extendiendo sus efectos a los arrendamientos de medios de transporte, que quedan también incluidos en dicho territorio. Así, se establece que se considerarán prestados en el TAI, cuando su utilización o explotación efectivas se produzca en el mismo, salvo que se hubieran localizado en Comunidad, Islas Canarias, Ceuta o Melilla, los servicios siguientes:

- 1.º Los enunciados en las letras a) a m) del apartado dos del nuevo artículo 69 de la LIVA (esto es, los del antiguo art. 70.uno.5.º LIVA y los servicios electrónicos), cuyo destinatario sea un empresario o profesional, y los enunciados en la letra n) de dicho apartado dos del artículo 69 (es decir, los de telecomunicaciones), cualquiera que sea su destinatario.
- 2.º Los de mediación en nombre y por cuenta ajena cuyo destinatario sea un empresario o profesional.
- 3.º Los de arrendamiento de medios de transporte.

4.10. Transportes intracomunitarios de bienes.

El artículo 72 de la LIVA contiene en el capítulo relativo a las operaciones intracomunitarias una regla especial de localización de un servicio, desgajada de las reglas de la localización de los servicios por su íntima vinculación con las operaciones intracomunitarias. Así, si la adquisición intracomunitaria es la transmisión del poder de disposición sobre un bien mueble corporal, expedido de un Estado miembro a otro, el transporte, aunque no constituya la operación intracomunitaria en sí misma, es un requisito esencial para que exista operación intracomunitaria.

Curiosamente el PIVA, modifica el artículo 72 de la LIVA, manteniendo exclusivamente la regla de localización para los transportes intracomunitarios de bienes cuyo destinatario no sea un empresario o profesional, que se entenderán realizados en el lugar de inicio del mismo.

Completa esta regla la definición del transporte intracomunitario de bienes, que es el transporte de bienes cuyos lugares de inicio y de llegada estén situados en los territorios de dos Estados miembros diferentes; la del lugar de inicio, que se conceptúa como el lugar donde comience efectivamente el transporte de los bienes, sin tener en cuenta los trayectos efectuados para llegar al lugar en que se encuentren los bienes; y el lugar de llegada, que se define como el lugar donde se termine efectivamente el transporte de los bienes.

Llama la atención que al abandonar la regulación de los transportes intracomunitarios realizados para personas que tengan la consideración de empresario o profesional la regla de localización aplicable sea la general del artículo 69 de la LIVA en su nueva redacción; no ya porque no resulte claro que deba ser así, sino porque se encuentra ubicada en una sección separada. En este contexto hubiera sido más lógico suprimir el artículo 72 de la LIVA e incorporar esta regla como una regla especial más en el artículo 70 de la LIVA.

Junto con esta modificación debemos destacar la supresión de los artículos 73 y 74, relativos respectivamente al lugar de realización de los servicios accesorios al transporte intracomunitario de bienes y al lugar de realización de los servicios de mediación en los transportes intracomunitarios de bienes y en los servicios accesorios a dichos transportes, que se regirán por las normas generales que antes hemos expuesto.

5. EL CONCEPTO DE EMPRESARIO LIGADO A LAS REGLAS DE LOCALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

Se cierra esta modificación de las reglas de localización con una previsión de gran relevancia, al incorporarse para la correcta aplicación de dichas reglas contenidas en los artículos 69, 70 y 72 de la LIVA, según la redacción que de los mismos establece el PIVA, una modificación en el artículo 5 de la LIVA, relativo al concepto de empresario.

Así, se establece que se considerarán empresarios o profesionales actuando como tales respecto de todos los servicios que les sean prestados los siguientes sujetos:

- 1.º Quienes realicen actividades empresariales o profesionales simultáneamente con otras que no estén sujetas al impuesto de acuerdo con lo dispuesto en el apartado uno del artículo 4 de esta ley.
- 2.º Las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales siempre que tengan asignado un número de identificación a efectos del IVA suministrado por la Administración española.

Consecuentemente con esta previsión que localizará los servicios recibidos por estas personas que se consideran empresarios o profesionales para la aplicación de la regla de localización, se establece un nuevo supuesto de inversión del sujeto pasivo, determinando la condición de sujeto pasivo de las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales cuando sean destinatarios de servicios, prestados por no establecidos en el TAI, y que hayan sido localizados en el TAI por aplicación de los artículos 69 y 70 de la LIVA.

Supone esta modificación una equiparación parcial del régimen de los servicios transnacionales con el de las entregas de bienes, en el que dichas personas son sujetos pasivos y deben tributar por el IVA en las adquisiciones que realicen en otros Estados miembros (al tener la consideración de adquisiciones intracomunitarias, bien por opción, bien por obligación, cuando se haya superado el umbral de adquisiciones legalmente establecido, que en nuestro país es de 10.000 euros) o de terceros Estados (como ya hemos comentado, toda entrada de bienes procedente de terceros Estados, cualquiera que sea la condición del importador, determina el devengo del hecho imponible importación).

6. CONCLUSIONES

1. La modificación operada en las reglas de localización de las prestaciones de servicios supone un cambio muy importante de concepto y criterio, aunque su relevancia práctica va a ser mucho más limitada de lo que hace suponer la entidad de la modificación.
2. El establecimiento de una nueva regla general de localización de los servicios cuando los destinatarios sean empresarios o profesionales, actuando como tales, en el lugar donde el destinatario tenga su sede o el establecimiento donde se reciba el servicio supone, por una parte, una simplificación, ya que va a ser una regla de muy amplia aplicación y deja la mayoría de reglas especiales exclusivamente para los servicios prestados a personas que no tengan esta consideración, menos habituales en servicios transnacionales y, por otra, una mayor aproximación de la exigibilidad del impuesto al lugar de su consumo efectivo, lo que además de ser deseable desde el punto de vista del objeto de gravamen del impuesto facilita la aplicación práctica del mismo a los empresarios que no soportan el impuesto en Estados miembros distintos de aquel donde están establecidos.
3. Uno de los cambios de mayor calado se opera en la sustitución de la regla de localización a través del NIF-IVA, sustituida en todo supuesto por la localización cuando los destinatarios sean empresarios o profesionales, actuando como tales, en el lugar donde el destinatario tenga su sede o el establecimiento donde se reciba el servicio; ya que el NIF-IVA no garantizaba la condición de establecido del destinatario de los servicios en el territorio que hubiera atribuido dicho NIF-IVA, condición que queda perfectamente acreditada al localizarse el servicio en el lugar donde el destinatario disponga de su sede o establecimiento permanente.

LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA ELECTRÓNICA

JUAN CALVO VÉRGEZ

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

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar las actuales posibilidades que la llamada Administración tributaria electrónica brinda al contribuyente en el desarrollo de las distintas actuaciones tributarias. Tras una delimitación inicial de la cuestión, son objeto de análisis, entre otras posibilidades, además de la ya «clásica» presentación de declaraciones por vía telemática, la realización de apoderamientos por vía electrónica, el sistema de notificaciones tributarias electrónicas diseñado al efecto, la posibilidad de interponer recursos a través de Internet, etc.

Palabras clave: Administración tributaria electrónica, Internet, declaraciones telemáticas, apoderamientos, notificaciones tributarias, interposición de recursos y registro electrónico.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Supuestos de presentación de declaraciones telemáticas.
 - 1. Evolución normativa de la presentación de declaraciones telemáticas.
 - 2. Análisis del marco normativo actualmente existente.
 - 3. Principales características del sistema de declaración tributaria telemática.
 - 4. Análisis específico de la presentación de declaraciones tributarias vía Internet.
- III. La realización de apoderamientos por vía electrónica.
 - 1. Principales trámites y actuaciones susceptibles de apoderamiento realizados a través de Internet.
 - 2. Régimen de funcionamiento del llamado registro de sucesores.
- IV. Las notificaciones tributarias electrónicas.
- V. La interposición de reclamaciones económico-administrativas a través de Internet.
- VI. El registro electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda.

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas en la actualidad constituye una realidad innegable la existencia de una Administración tributaria electrónica, no ya sólo en el ámbito nacional ¹, sino también mediante la cooperación entre las distintas Administraciones a nivel supranacional. Adquiere así una gran importancia la actuación recaudatoria que la Administración tributaria lleva a cabo a través de medios electrónicos, al permitir a los ciudadanos realizar las declaraciones y liquidaciones correspondientes a través de Internet, así como la introducción de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en aras de facilitar a estos últimos el cumplimiento de sus obligaciones tributarias mediante la utilización de aquéllas ².

En este marco de actuación, y dentro de nuestro ordenamiento interno, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, procedió en su día a la regulación de cuestiones tales como: la sede electrónica, entendida como la dirección electrónica cuya gestión y administración corresponde a una Administración Pública, funcionando con plena responsabilidad respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que puede accederse a través de la misma; las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias; los registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas, estableciendo las condiciones necesarias para reconocer la validez de un documento electrónico y regulando todo el sistema de copias electrónicas; la gestión electrónica de los procedimientos, desarrollándose la regulación de los procedimientos administrativos a través de la utilización de medios electrónicos y los criterios a seguir en la gestión electrónica; o la cooperación entre Administraciones para el impulso de la Administración electrónica.

A dichas actuaciones ha de añadirse, además, la adopción de un importante grado de colaboración entre la Administración tributaria y el sector privado, asumiendo un papel prioritario las empresas domiciliadas en el ámbito de la Unión Europea (UE). Sucede, no obstante, que numerosas entidades se encuentran establecidas fuera del ámbito comunitario, lo que requiere de la adopción de soluciones específicas.

¹ A nivel nacional, la Administración tributaria se ha visto obligada a adecuarse a este nuevo entorno electrónico con el fin de prestar una serie de servicios, haciendo uso de las TIC en la gestión de los distintos impuestos.

² Véase a este respecto CARBAJO VASCO, D., «La Administración tributaria y el comercio electrónico ¿Un problema o una solución?», *Economía Industrial*, núm. 326, 2000, págs. 65 y ss.

Refiriéndonos de manera específica al ámbito tributario debe reconocerse que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) viene desarrollando de forma continuada importantes esfuerzos tendentes a la generalización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el cumplimiento de sus fines.

Como es sabido, el punto de partida de esta labor se sitúa en el artículo 96 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), de conformidad con el cual «La Administración Tributaria promoverá la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establezcan». Se trata de un precepto que viene a proyectar en el ámbito tributario lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor «Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de técnicas y medios telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, posibilitándose de igual forma que los ciudadanos, cuando sea compatible con los medios técnicos disponibles, puedan relacionarse con las Administraciones a través de técnicas y medios electrónicos e informáticos, siempre atendiendo a los requisitos y garantías previstos en cada procedimiento»³.

Inicialmente, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, se encargó de regular la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, resultando de aplicación a aquellas entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquella que ejerciesen potestades administrativas en el ámbito de sus competencias y en el desarrollo de sus actividades, así como en sus relaciones internas o externas⁴. Con posterioridad, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, así como la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, admitió expresamente la presentación de solicitudes, escritos, documentos y comunicaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Mediante Resolución de 23 de julio de 2002, de la Presidencia de la AEAT, posteriormente derogada mediante Resolución de la Presidencia de la Agencia de 3 de junio de 2005, se procedió a crear un Registro Telemático General para la presentación de documentos electrónicos relativos a procedimientos y trámites administrativos de competencia de la AEAT. Y, a través del Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, se dispuso la regulación de los registros y de las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos⁵.

³ Añade asimismo el apartado cuarto del citado precepto que «Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características».

⁴ En particular, el artículo 4 del citado Real Decreto admitía su utilización en la iniciación, tramitación y terminación de los procedimientos administrativos, disponiendo sus artículos 5 y 9 que los programas y aplicaciones que efectuasen un tratamiento de información cuyo resultado fuese utilizado para el ejercicio por parte de los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado de aquellas potestades que tuviesen atribuidas, debían ser objeto de aprobación y difusión pública mediante resolución del órgano administrativo que tuviese atribuida la competencia para resolver el procedimiento, siendo objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁵ Este último Real Decreto incorporó un Capítulo VI al Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regulan los registros telemáticos, estableciéndose el contenido mínimo que deben contener las disposiciones de creación de los mismos.

Por otra parte, la LGT regula en su artículo 92 la colaboración social en la gestión de los tributos, y el Real Decreto 1377/2002, de 20 de diciembre, que desarrolla dicha colaboración social, habilita al Director General de la AEAT para que establezca, mediante resolución, los supuestos y condiciones en que las personas y entidades incluidas en el ámbito de la colaboración social podrán presentar por medios telemáticos cualquier otra documentación de carácter tributario distinta de las declaraciones, comunicaciones, declaraciones-liquidaciones, autoliquidaciones, y cualesquiera otros documentos exigidos por la normativa tributaria.

Precisamente, en atención a lo dispuesto en el artículo 92.3 de la Ley 58/2003, relativo a los aspectos a que puede referirse dicha colaboración social y cuyo apartado e) regula la presentación y remisión a la Administración tributaria de autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones o cualquier otro documento con trascendencia tributaria, previa autorización de los obligados tributarios, se dictó la Resolución de la Dirección General de la AEAT de 19 de octubre de 2005, por la que se extiende la colaboración social a la presentación por vía telemática del recurso de reposición y se aprueba el documento normalizado para acreditar la representación para su presentación por vía telemática en nombre de terceros. Dicha Resolución tuvo por objeto ampliar el marco de actuación de la colaboración social en la aplicación de los tributos, estableciendo los supuestos y condiciones en los que las personas y entidades incluidas en el ámbito de la colaboración social se hallan facultados para presentar, por medios telemáticos y en representación de terceros, recursos de reposición contra los actos dictados por la AEAT susceptibles de reclamación económico-administrativa.

Por su parte, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIT), procedió a regular en la Sección 3.^a del Capítulo II de su Título III el contenido del artículo 96 de la LGT 2003, bajo el título de «Utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las actuaciones y procedimientos tributarios», que comprende los artículos 82 (utilización de tecnologías informáticas y telemáticas), 83 (identificación de la Administración tributaria actuante), 84 (actuación automatizada), 85 (aprobación y difusión de aplicaciones informáticas) y 86 (equivalencia de soportes documentales) ⁶.

Dispone así el RGGIT que la Administración tributaria ha de facilitar a los obligados tributarios programas informáticos de asistencia para la confección y presentación de declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos, así como para el cumplimiento de cualquier otra obligación fiscal ⁷. Y a pesar de que, como acabamos de precisar, la utilización de estos medios electrónicos,

⁶ Especialmente este último precepto ha supuesto un importante impulso para la implantación de la Administración tributaria electrónica, al procederse a la regulación de materias tales como las copias de documentos electrónicos (que se califican como auténticas y serán verificables por cualquier interesado), la digitalización de documentos (que permite la destrucción de los originales) y la formación y tramitación de expedientes electrónicos, así como su validez para otros organismos. Cabe precisar a este respecto que la Agencia Tributaria lleva a algún tiempo trabajando en la formación de expedientes electrónicos, especialmente para su remisión a los Tribunales Económico-Administrativos, a los que se incorporan documentos generados por sus aplicaciones informáticas o en papel, mediante la oportuna digitalización, generándose así un índice electrónico y añadiéndole al documento una huella digital que garantiza su autenticidad.

⁷ A lo largo del presente trabajo tendremos oportunidad de referirnos a algunos de estos programas de ayuda puestos a disposición de los contribuyentes. Es el caso, entre otros, de los relativos a declaraciones fiscales de Renta (programa PADRE), Sociedades (Modelos 200 y 220), IVA (Modelos 303 y 340) y Módulos (Modelos 131 y 310). Asimismo, estos programas

informáticos y telemáticos en las actuaciones y procedimientos tributarios se encontraba ya regulada en el artículo 96 de la LGT 2003, el Real Decreto 1065/2007 optó por acometer su regulación en sus artículos 82 y siguientes, tratando de reflejar, en definitiva, la intención del legislador de promover y extender al máximo los convenios de colaboración con todas las Administraciones, en aras de favorecer la participación del conjunto de las Entidades Públicas en la gestión tributaria de los grandes impuestos del Estado en el convencimiento de que, cada vez más, se trata de impuestos comunes de todas las Administraciones, y fortaleciendo asimismo la determinación y el establecimiento de las condiciones destinadas a extender la llamada Administración telemática ⁸.

De cualquier manera, ha de quedar claro, tal y como se encarga de precisar el propio Reglamento, que las actuaciones de asistencia anteriormente descritas no obstan para que por parte de la propia Administración tributaria puedan, con posterioridad, abrirse los procedimientos de comprobación o de investigación que se estimen procedentes, dado que dicha labor de asistencia no comporta actuación de comprobación o de investigación alguna.

Por otra parte, el RGGIT contiene una referencia al medio a través del cual puede hacerse llegar dicha asistencia, en previsión de que puedan existir contribuyentes que no tengan acceso a vías electrónicas, informáticas o telemáticas de comunicación. Y es que, aun siendo ésta la vía que se trata de fomentar, se establece como obligación la oferta de dichos programas de ayuda por otros medios.

II. SUPUESTOS DE PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES TELEMÁTICAS

Como es sobradamente conocido, la Agencia Tributaria ha venido prestando durante los últimos años una especial atención a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías para facilitar a los ciudadanos el cumplimiento voluntario de sus obligaciones tributarias. Los logros alcanzados en este aspecto han sido notables, especialmente desde la promulgación del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, dictado en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 45 de la

de ayuda se refieren a declaraciones informativas (Modelos 180, 182, 184, 188, 190, 198, 296, 345, 347 y 349) y al Módulo de impresión de Pagos Fraccionados (previsto para los Modelos 110, 115, 123, 130, 131, 202, 300, 310 y 311).

⁸ Así, por ejemplo, se regulan aspectos tales como las redes abiertas o cerradas o los elementos de seguridad (caso, entre otros, de los sellos electrónicos, de los seguros de verificación o de los órganos de comprobación) que deben ser establecidos por cada Administración en aras de garantizar el uso de la firma electrónica, que constituye el instrumento necesario para la presentación telemática de declaraciones, liquidaciones, pagos a cuenta, retenciones y autoliquidaciones. Por lo que respecta a la necesaria homologación que debe alcanzarse en el diseño de sistemas y ficheros informáticos del conjunto de las Administraciones tributarias, son objeto de regulación la equivalencia de soportes, definiéndose además el expediente electrónico. En cambio, se renuncia a la adopción de unas aplicaciones informáticas comunes, estableciéndose que todas las programaciones, webs, modelos y sistemas deben ser aprobados por cada Administración, de acuerdo con su procedimiento y competencias. Tal y como ha manifestado LÓPEZ GARCÍA, C., «Comentarios al Reglamento general de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos por RD 1065/2007, de 27 de julio», *Tributos Locales*, núm. 75, 2007, pág. 22, se trata de un criterio que, si bien resulta respetuoso con el principio de autonomía que preside la organización territorial del Estado, puede llegar a dificultar notablemente los flujos de información entre las distintas Administraciones.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tal y como establece el artículo 96 de la Ley 58/2003, la Administración tributaria se compromete a promover la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, señalándose asimismo que cuando resulte compatible con los medios técnicos de los que aquélla disponga, los ciudadanos podrán relacionarse con ella para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de dichas técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

Por su parte, el artículo 98.4 de la LGT habilita al Ministro de Economía y Hacienda para determinar los supuestos y condiciones en los que los obligados tributarios deban presentar por medios telemáticos sus declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones, solicitudes y cualquier otro documento con trascendencia tributaria. Y, en esta misma línea, el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos señala que, reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos en aquellos casos en los que los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos ⁹.

⁹ Con carácter general, esta Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, se estructura en cuatro títulos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una derogatoria y ocho finales. En el Título Primero están recogidos los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos. Para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos se establece la obligación de las Administraciones de habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos. Asimismo se establece la obligación de cada Administración de facilitar a las restantes Administraciones los datos de los interesados que se le requieran y obren en su poder en la tramitación de un procedimiento, siempre que el interesado preste su consentimiento expreso, el cual podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos al objeto de que los ciudadanos no deban aportar datos y documentos que están en poder de las Administraciones Públicas. En el Título Segundo se regula el régimen jurídico de la Administración electrónica. Su Capítulo Primero se dedica a la sede electrónica, entendida como dirección electrónica cuya gestión y administración corresponde a una Administración Pública, funcionando con plena responsabilidad respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que puede accederse a través de la misma. El Capítulo Segundo de este Título regula las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, siendo destacable que se habilitan distintos instrumentos de acreditación, que se concretarán en la normativa aplicable a cada supuesto con criterios de proporcionalidad. El Documento Nacional de Identidad electrónico está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones Públicas, siendo impulsado como fórmula para extender el uso general de la firma electrónica. También se establece la obligación para cualquier Administración de admitir los certificados electrónicos reconocidos en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica. Interesa también destacar sobre esta cuestión la posibilidad de que sean funcionarios públicos quienes acrediten la voluntad de los ciudadanos, siguiendo el procedimiento establecido para sus relaciones electrónicas con la Administración. En el Capítulo Tercero se regulan los registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas. La principal novedad a este respecto es la nueva regulación de los registros electrónicos, dirigida a lograr que los mismos puedan convertirse en un instrumento liberado de la rigidez actual y destinado a la presentación de cualquier escrito o solicitud ante las Administraciones Públicas. La Ley regula las comunicaciones electrónicas de los ciudadanos con las Administraciones y de éstas entre sí, para aunar los criterios de agilidad y de seguridad jurídica. En el Capítulo Cuarto, sobre los documentos y archivos electrónicos, se establecen las condiciones para reconocer la validez de un documento electrónico, siendo objeto de regulación todo el sistema de copias electrónicas, tanto las realizadas a partir de documentos emitidos originariamente en papel como las copias de documentos que ya

Ya desde 1998, año en que comenzó la presentación de declaraciones tributarias por vía telemática, se ha ido incrementando paulatinamente el número de declaraciones y autoliquidaciones susceptibles de presentación por dicha vía, en la medida en que lo han permitido los recursos técnicos y humanos de la Agencia Tributaria. Téngase presente que las TIC permiten superar las barreras de tiempo y espacio que todavía separan al ciudadano de la Administración, posibilitando la relación entre ambas partes y agilizando y facilitando en mayor medida a los obligados tributarios el cumplimiento de sus obligaciones y, especialmente, el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos.

La evolución de la tecnología asociada a Internet viene a reflejar, además, la creciente utilización de esta vía en las relaciones entre los obligados tributarios y la Agencia frente a la utilización de otros medios como puedan ser los modelos de presentación en papel. Y es que la experiencia gestora existente contribuye a poner de manifiesto las ventajas de la vía telemática frente a otras formas de presentación.

En suma, la posibilidad de proceder a la presentación de declaraciones tributarias por vía telemática ha constituido uno de los avances más importantes de los últimos tiempos en aras de lograr la consecución de una Administración tributaria asistencial. Son múltiples las ventajas derivadas de la utilización de esta vía de comunicación con la Agencia Tributaria: desde una disminución de la llamada «presión fiscal indirecta» (ya que para el contribuyente constituye un sistema más cómodo de tramitación de sus declaraciones), hasta una importante minoración de la carga de trabajo gestora soportada por la Agencia, evitándose el desarrollo de funciones de tramitación, grabación de datos, etc. Todo ello sin perjuicio de la disminución del tiempo necesario para procesar la evolución de variables económicas, lo que posibilita un mejor seguimiento de la recaudación global y por sectores y de la lógica reducción de los tiempos de tramitación de las declaraciones ¹⁰.

1. Evolución normativa de la presentación de declaraciones telemáticas.

El primer gran paso de cara a la implantación generalizada de las declaraciones telemáticas en nuestro sistema tributario fue dado a través del artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

estuvieran en soporte electrónico, así como las condiciones para realizar en soporte papel copia de originales emitidos por medios electrónicos, o viceversa. Por su parte, el Título Tercero trata de la gestión electrónica de los procedimientos y desarrolla la regulación de los procedimientos administrativos utilizando medios electrónicos y los criterios a seguir en la gestión electrónica, guardando un cierto paralelismo con la regulación prevista en la Ley 30/1992. Dentro de este Título destaca la obligación que se establece para las Administraciones Públicas de poner a disposición de los usuarios información por medios electrónicos sobre el estado de tramitación de los procedimientos, tanto para los gestionados en su totalidad por medios electrónicos como para el resto de procedimientos. Finalmente, el Título Cuarto regula la Cooperación entre Administraciones para el impulso de la Administración electrónica. En él se establecen el órgano de cooperación en esta materia de la Administración General del Estado con los de las Comunidades Autónomas y con la Administración Local, y se determinan los principios para garantizar la interoperabilidad de sistemas de información así como las bases para impulsar la reutilización de aplicaciones y transferencia de tecnologías entre Administraciones.

¹⁰ Véase DELGADO GARCÍA, A. M.^a y OLIVER CUELLO, R., *El deber de información y asistencia a los obligados tributarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 132.

que, como ya sabemos, instaba a las Administraciones Públicas para que promoviesen la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias.

Dicho artículo fue posteriormente desarrollado por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, mediante el cual se delimitaba, en el ámbito de la Administración del Estado, las garantías, requisitos y supuestos de utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas.

Dentro del ámbito tributario, la regulación de la colaboración social en la gestión de los tributos para la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios fue objeto de un tratamiento amplio a través del Real Decreto 1377/2002, de 20 de diciembre, por el que se desarrollaba la colaboración social en la gestión de los tributos para la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios, así como en la Orden HAC/1398/2003, de 27 de mayo, por la que se establecían los supuestos y condiciones en las que podría hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos, extendiéndose de manera expresa esta última a la presentación telemática de determinados modelos de declaración y otros documentos tributarios. De este modo, aquellas personas o entidades que, conforme a las disposiciones anteriores, estuviesen autorizadas a presentar por vía telemática declaraciones en representación de terceras personas, podrían hacer uso de esta facultad respecto de las declaraciones aprobadas por dicha Orden.

Pues bien, partiendo de esta fundamentación normativa el servicio electrónico de presentación de declaraciones fiscales ha ido implantándose progresivamente a través de numerosas normas cuya finalidad última no es otra que la admisión de la presentación telemática de cualquier tipo de declaración. Y, en este sentido, constituye una realidad el hecho de que cada día pueden presentarse telemáticamente un mayor número de modelos de declaración, procediéndose a implantar, de manera paralela, otros servicios electrónicos accesorios al de recepción telemática de las declaraciones. Así sucede, por ejemplo, con el acceso de los contribuyentes a sus datos fiscales en aras de utilizar éstos para la práctica de su declaración, con los mecanismos de pago telemático diseñados al efecto, con la aplicación del asistente virtual para la realización de la declaración, etc.

Las primeras declaraciones telemáticas permitidas fueron las aduaneras, allá por el año 1993. El objetivo perseguido con su admisión no era otro que el de hacer frente a todos aquellos fraudes originados con la implantación, por aquel entonces, del mercado común. Piénsese que la facilidad derivada de su tramitación hacía de ellas un importante instrumento para el control del mismo. Así las cosas, su reconocimiento legal tuvo lugar a través del artículo 61 b) del Reglamento CEE núm. 2913/92, de 12 de octubre de 1992, del Consejo, por el que se aprobaba el Código Aduanero Comunitario [actual art. 107 b) del Reglamento (CE) núm. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario, Código Aduanero Modernizado] y del artículo 4 bis del Reglamento (CE) 2454/93, de la Comisión, de 2 de julio. Dichas previsiones fueron desarrolladas por nuestro ordenamiento interno mediante diversas Circulares del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, entre las cuales cabe citar la Circular 8/1993, de 30 de septiembre, sobre presentación en la aduana del DUA por sistema de transmisión electrónica de datos, la Circular 5/1995, de 14 de diciembre, y la Resolución de 28 de diciembre de 1998.

En un segundo momento tuvo lugar la regulación de la presentación de declaraciones telemáticas relativas a los Impuestos Especiales de Fabricación. Inicialmente, fue el Decreto 112/1998, de 30 de enero, el encargado de otorgar una nueva redacción al artículo 45.5 del Reglamento de los Impuestos Especiales (I.E.E.) aprobado mediante Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, autorizando al Ministro de Economía y Hacienda para determinar los supuestos y condiciones en que podían presentarse electrónicamente las declaraciones y documentos relativos a los I.E.E. de Fabricación.

En desarrollo de esta previsión, diversas órdenes ministeriales se encargaron de delimitar el procedimiento de presentación telemática de la declaración a través de estos impuestos. Entre ellas cabe citar: la Orden MEH de 16 de julio de 1998, que establecía el sistema para la transmisión electrónica de las declaraciones y documentos utilizados en la gestión de los I.E.E. de Fabricación; la Orden de 2 de febrero de 1999, por la que se aprobaban los modelos en euros para la gestión de los I.E.E. de Fabricación y la presentación por vía telemática de las declaraciones-liquidaciones para las grandes empresas, aprobándose asimismo nuevos modelos de declaraciones-liquidaciones para dichos I.E.E. de Fabricación en los que figurase el campo del Código de Actividad y Establecimiento; y la Orden del MEH de 26 de septiembre de 2000, por la que se disponía el sistema para la presentación telemática por Internet de los documentos de circulación utilizados en la gestión de dichos impuestos ¹¹.

Por lo que respecta a las declaraciones telemáticas de las grandes empresas, cabe precisar que ya en su momento la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, autorizó en su disposición adicional 5.^a al Ministro de Economía y Hacienda para concretar, mediante Orden, los distintos supuestos y condiciones en las que las grandes empresas habían de presentar, por medios telemáticos, sus declaraciones, autoliquidaciones o cualquier otro documento exigido por la normativa tributaria. Pues bien, en desarrollo de la citada Ley diversas órdenes ministeriales procedieron a perfilar el procedimiento de presentación telemática de la declaración por parte de las grandes empresas.

Dentro de estas órdenes destacaba la Orden del MEH de 29 de junio de 1998, que establecía las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones mensuales de grandes empresas correspondientes a los Modelos 111 (autoliquidaciones que, mensualmente, deben presentar las grandes empresas en materia de IRPF en relación con las retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo, actividades profesionales, actividades agrícolas y ganaderas y premios), 320 (autoliquidaciones que mensualmente deben presentar las grandes

¹¹ En esta misma línea pueden consultarse igualmente: la Orden HAC/1554/2002, de 17 de junio, por la que se aprobaban las normas de gestión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, autorizándose la presentación por vía telemática de las declaraciones-liquidaciones y, en su caso, de las hojas de desglose correspondientes a dicho Impuesto; la Orden HAC 1149/2003, de 5 de mayo, por la que se establecían las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de los documentos utilizados en la gestión de I.E.E., que vino a modificar, a su vez, la Orden de 22 de marzo de 2000, por la que se aprobaban los nuevos modelos de relaciones recapitulativas y los soportes magnéticos de documentos de acompañamiento expedidos y de documentos de acompañamiento recibidos en tráfico intracomunitario, incluidos los simplificados; y la Orden EHA/1981/2005, de 21 de junio, por la que se aprobaba el Modelo 576 de declaración-liquidación del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, se establecían las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de las declaraciones correspondientes al citado Modelo 576 y se modificaba la Orden de 30 de septiembre de 1999, por la que se establecían las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones correspondientes a los Modelos 110, 130, 300 y 330.

empresas relativas al IVA) y 332 (autoliquidaciones que mensualmente deben presentar las grandes empresas inscritas en el Registro de Exportadores y otros operadores económicos relativos al IVA).

Paralelamente, también las pequeñas y medianas empresas se hallan facultadas para proceder a la presentación de declaraciones telemáticas. En efecto, como seguramente se recordará, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a través de su disposición final 1.^a, autorizó al Ministerio de Economía y Hacienda para determinar, mediante Orden, los distintos supuestos y condiciones en que las pequeñas y medianas empresas pueden presentar por medios telemáticos sus declaraciones, autoliquidaciones o cualquier otro documento exigido por la normativa tributaria. A este respecto, por «pequeñas y medianas empresas» habría que entender las no comprendidas en la definición de grandes empresas a efectos del IVA.

Autorizaba además la citada disposición al Ministro para determinar, mediante Orden, los distintos supuestos y condiciones en las que las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades integrantes de la Administración Local y los Organismos Públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de dichas Administraciones y de la Administración General del Estado, así como la Seguridad Social, habían de presentar por medios telemáticos sus declaraciones, autoliquidaciones o cualquier otro documento exigido al efecto por la normativa tributaria.

Por último, y a través de su disposición final 2.^a, la citada Ley 50/1998 autorizaba al Ministro de Economía y Hacienda para que, a través de la correspondiente Orden, estableciese los supuestos y condiciones en los que, tanto los contribuyentes como las entidades que participan en la colaboración social de la gestión tributaria, pueden presentar por medios telemáticos declaraciones, comunicaciones, autoliquidaciones o cualquier otro documento exigido por la normativa tributaria. Así las cosas, y en desarrollo de lo dispuesto en dicha Ley, la Orden del MEH de 20 de enero de 1999 asumió la labor de establecer las condiciones generales y el procedimiento a seguir para que las pequeñas y medianas empresas pudieran presentar por medios telemáticos diversos modelos de declaraciones.

Destaca especialmente la regulación de la presentación telemática de declaraciones diseñada en el ámbito del IRPF. En un primer momento el artículo 79 de la antigua Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto, autorizó al Ministro de Hacienda para determinar los supuestos y condiciones de presentación de declaraciones por medios telemáticos, previéndose que los certificados emitidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda se utilizasen como medio para acreditar su identidad ante la Agencia Tributaria ¹².

Por otra parte, el artículo 64 de la citada Ley 40/1998 regulaba la colaboración social en la presentación telemática de declaraciones, disponiendo que terceras personas que suscribiesen acuerdos o convenios con la AEAT pudieran presentar las declaraciones telemáticas de los contribuyentes, ostentando así su representación. Y, a través de su artículo 81.2, se acometió la regulación por el Ministro de Economía y Hacienda de los modelos de comunicación de datos y de las solicitudes de devolución a presentar por el contribuyente sirviéndose de medios telemáticos.

¹² No obstante, ya con anterioridad cabía aludir a la existencia en Vizcaya de un sistema de declaración generalizada del IRPF a través de Internet, objeto de regulación por la disposición transitoria de la Orden Foral 1258/1998, de 17 de abril.

Lo dispuesto en ambos preceptos de la Ley 40/1998 (arts. 79 y 81.2) fue objeto de desarrollo por los artículos 59 y 62.1 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobaba el antiguo Reglamento del IRPF. Y, a la luz de este desarrollo reglamentario, fueron dictadas diversas Órdenes Ministeriales con la finalidad de precisar el procedimiento de presentación telemática de la declaración de IRPF ¹³.

También la presentación telemática de las declaraciones de pagos a cuenta ha quedado progresivamente articulada a través de diversas Órdenes Ministeriales tales como la de 22 de febrero de 1999 (encargada de aprobar los Modelos 117 de declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF, del IS y del IRNR en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de acciones y participaciones representativas del capital o del patrimonio de las Instituciones de Inversión Colectiva, estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática), la de 30 de septiembre de 1999 (que establecía las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones correspondientes a los Modelos 110 ¹⁴, 130 ¹⁵, 300 ¹⁶ y 330 ¹⁷), o la Orden de 18 de noviembre de 1999, cuyo artículo 2.1 fijaba las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaración correspondiente al Modelo 190 ¹⁸.

La presentación por vía telemática de declaraciones informativas fue objeto de una primera regulación, en el ámbito del IRPF, a través de los artículos 87.2 de la Ley 40/1998 y 66 del Real Decreto 214/1999, en base a los cuales la Orden del MEH de 18 de noviembre de 1999 aprobó el Modelo 181 de declaración informativa de préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de viviendas que habían de presentar las entidades concedentes de los mismos en cumplimiento de un deber de información.

Por su parte, la Orden del MEH de 21 de diciembre de 1999 introdujo la posibilidad de presentar por vía telemática las declaraciones estadísticas Intrastat en materia de IVA, desarrollando así lo establecido en el artículo 28 del Reglamento CEE 3330/1991, de 7 de noviembre, del Consejo de la Comunidad Europea.

La presentación telemática de las declaraciones de la cuenta corriente tributaria fue objeto de regulación a través de la Orden de 22 de diciembre de 1999, que establecía el procedimiento a seguir

¹³ Dentro de estas órdenes destacaron especialmente la Orden del MEH de 13 de abril de 1999, que establecía las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones de IRPF, y la Orden MEH de 24 de abril de 2000, en la que se fijaron las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones-liquidaciones del IRPF.

¹⁴ Declaración-documento de ingreso relativo a las retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los rendimientos del trabajo, actividades profesionales, actividades agrícolas y ganaderas y premios.

¹⁵ Declaración-liquidación correspondiente a los pagos fraccionados respecto de los rendimientos de actividades económicas en estimación directa.

¹⁶ Declaraciones trimestrales relativas al IVA.

¹⁷ Autoliquidación mensual relativa al IVA de exportaciones y otros operadores económicos.

¹⁸ Autoliquidaciones relativas al resumen anual de las retenciones e ingresos a cuenta del IRPF practicados sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta.

para la presentación telemática de aquellas declaraciones-liquidaciones que generasen deudas o créditos susceptibles de ser anotados en la cuenta corriente en materia tributaria.

A partir del año 2000 el servicio de presentación telemática de declaraciones se extendió a nuevos impuestos. Así, la Orden del MEH de 14 de marzo de 2000 procedió a aprobar los Modelos de declaración del IRPF y del IP para el ejercicio 1999, determinándose el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos. Pocos meses después, la Orden de 28 de abril de ese mismo año estableció las condiciones generales y el procedimiento que había de seguirse para la presentación telemática de las declaraciones del IP. Y, en esta misma línea, la Orden de 28 de junio de 2000 dispuso las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones del IS y del IRNR correspondiente a establecimientos permanentes para aquellos periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1999, así como de los modelos para efectuar los pagos fraccionados a cuenta de los citados impuestos durante el año 2000.

Igualmente, cabe apuntar la posibilidad de presentar telemáticamente las declaraciones de impuestos Modelo 180, 193, 198, 296 y 345, utilizados por los arrendatarios de locales de negocios, perceptores de rendimientos del capital, intervinientes en compraventas de acciones, no residentes y planes de pensiones ¹⁹.

A la luz de este conjunto de apreciaciones normativas no es difícil advertir que la Administración tributaria española se halla en una posición avanzada en lo que a la configuración de un sistema de presentación de declaraciones a través de Internet se refiere. En efecto, es un hecho innegable que la Agencia Tributaria se sirve de las tecnologías más avanzadas en beneficio del contribuyente quien, por su parte, adquiere la facultad de acceder a través de Internet a una gran variedad de servicios ²⁰.

Podemos hablar, en suma, de la implantación real de un modelo de prestación integral de servicios al ciudadano que se halla, además, en constante evolución, y que goza de los mayores niveles de seguridad y de confidencialidad.

2. Análisis del marco normativo actualmente existente.

En primer lugar, y dentro del ámbito de los **II.EE. de Fabricación así como del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos**, debe hacerse referencia a la Orden

¹⁹ Véase a este respecto, entre otras, la Orden EHA/3061/2005, de 3 de octubre, por la que se establecen las condiciones y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de las declaraciones correspondientes al Modelo 038 y el procedimiento para la presentación telemática por teleproceso de las declaraciones correspondientes al Modelo 180, regulándose además el lugar, plazo y forma de presentación de la declaración-resumen anual correspondiente al Modelo 392 y modificándose determinadas normas de presentación de los Modelos de declaración 180, 193, 345, 347 y 349.

²⁰ En esta línea cabe aludir a la prestación de diversos servicios electrónicos accesorios al propio servicio electrónico de presentación de declaraciones, entre los que destaca el que permite a los usuarios la obtención de sus datos fiscales antes de hacer la declaración del IRPF, el servicio destinado a resolver aquellas incidencias que puedan llegar a plantearse durante el proceso de declaración por Internet o el servicio de consulta sobre el estado de las devoluciones. Y todo ello sin perjuicio de las progresivas mejoras implantadas en el sistema de cobro electrónico de las declaraciones posibilitándose, por ejemplo, la realización del pago a través de Internet sin necesidad de disponer de un contrato con banca telefónica.

EHA/3548/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban los modelos, las condiciones y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones de los II.EE. de Fabricación y del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, estableciéndose además la presentación obligatoria por vía telemática del Modelo 380 de la declaración-liquidación del IVA en operaciones asimiladas a las importaciones. La principal finalidad perseguida por la citada Orden no es otra que unificar las formas de presentación de las declaraciones-liquidaciones de los II.EE. de Fabricación, del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, y del IVA, extendiéndose la obligatoriedad de la exclusiva presentación telemática por Internet a las declaraciones de operaciones y a las solicitudes de devolución de productos sujetos a II.EE. de Fabricación.

Continuando con el procedimiento iniciado en su día de presentación por vía telemática de las **declaraciones de grandes empresas** y la generalización de esta forma de presentación respecto de dichos obligados tributarios, la Orden EHA/3435/2007, de 23 de noviembre, por la que se aprueban los Modelos de autoliquidación 117, 123, 124, 126, 128 y 300 y se establecen medidas para la promoción y ampliación de la presentación telemática de determinadas autoliquidaciones, resúmenes anuales y declaraciones informativas de carácter tributario, dispone obligatoriamente la presentación telemática de las autoliquidaciones Modelos 110, 115, 117, 123, 124, 126, 128, 202, 300 y de las declaraciones resumen anual o informativas Modelos 180, 187, 193, 198, 345, 347, 349 y 390. Y, por lo que respecta al Modelo 187, con la finalidad de hacer posible su presentación telemática por Internet, los artículos 5 y 6 de dicha Orden regulan las condiciones generales y el procedimiento de su presentación.

Asimismo, dentro del ámbito del IVA la Orden EHA/3434/2007, de 23 de noviembre, por la que se aprobaban los Modelos 322 de autoliquidación mensual, Modelo individual, y 353 de autoliquidación mensual, Modelo agregado, y el Modelo 039 de Comunicación de datos, correspondientes al Régimen especial del Grupo de Entidades en el citado IVA ²¹, disponía la aprobación de un nuevo Modelo de autoliquidación individual y de un nuevo Modelo de autoliquidación agregada del impuesto susceptibles de ser utilizados por aquellos sujetos pasivos que hubiesen optado por aplicar el Régimen especial del grupo de entidades, los cuales han de presentarse además obligatoriamente por vía telemática a través de Internet.

Por su parte, la Orden EHA/3786/2008, de 29 de diciembre, regula el actual Modelo 303, que sustituye a los antiguos Modelos 300, 330, 332 y 320. El Modelo 303 se configura así como aquel que ha de utilizarse desde 2009 por la práctica totalidad de los sujetos pasivos, a excepción de aquellos que tributen por el régimen simplificado. Su ámbito de aplicación se extiende a dos colectivos especialmente relevantes, a saber: quienes estén inscritos en el registro de devoluciones mensuales y las grandes empresas.

²¹ Se trata, en el presente caso, de una Orden dictada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 apartado cuatro de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, haciéndose uso de la facultad que otorga a los Estados miembros de la UE el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA que, como seguramente se recordará, vino a modificar la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto, estableciendo un nuevo Régimen especial dentro de los previstos en el Título IX de la misma a consecuencia del cual se introdujo un nuevo Capítulo IX en el citado Título IX, procediéndose a regular el nuevo Régimen especial del grupo de entidades.

En relación con su periodicidad, el Modelo 303 ha de presentarse mensualmente por los colectivos anteriormente citados, así como por aquellos sujetos pasivos que tributen de acuerdo con el régimen especial del grupo de entidades. En el resto de supuestos, la presentación es de carácter trimestral. En cuanto a su forma de presentación, resulta preceptiva la vía electrónica para aquellos casos en los que la frecuencia de la presentación sea mensual, así como tratándose de entidades con forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

Por lo que respecta al Modelo 340, creado por la Orden EHA/3787/2008, de 29 de diciembre, aquellos sujetos que se hallen inscritos en el registro de devoluciones mensuales han de cumplir con la obligación asociada al mismo de presentar mensualmente, junto con su autoliquidación (Modelo 303) la información contenida en los Libros Registro de facturas expedidas, recibidas, bienes de inversión (si bien esta información sólo habrá de facilitarse en la autoliquidación del mes de diciembre) y determinadas operaciones intracomunitarias. Ahora bien, cabe recordar a este respecto que dicha obligación de información periódica de Libros Registro y, en consecuencia, de presentación del Modelo 340 ha de ser cumplida desde el 2010 en las condiciones que disponga el Ministro de Economía y Hacienda por todos los sujetos pasivos que deban presentar sus autoliquidaciones por vía telemática (grandes empresas, entidades que tributen en el régimen de los grupos de entidades en el IVA, sujetos inscritos en el registro de devoluciones mensuales, entidades con forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada)²².

En relación con los **II.EE. de Fabricación**, la Orden EHA/3482/2007, de 20 de noviembre, ha llevado a cabo la aprobación de determinados modelos, procediendo además a refundir y a actualizar diversas normas de gestión relativas a dichos impuestos y al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, y modificando la Orden EHA/1308/2005, de 11 de mayo, por la que se aprobó el Modelo 380 de declaración-liquidación del IVA en operaciones asimiladas a las importaciones, determinando el lugar, forma y plazo de su presentación, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos.

A través de la citada Orden EHA/3482/2007 se desarrolla y se consolida en una sola disposición el conjunto de aspectos relacionados con el cumplimiento de obligaciones formales susceptibles de tratamiento informático en el ámbito de los II.EE. Concretamente, tomándose como punto de referencia la implantación del sistema de control de los movimientos de productos en la circulación intracomunitaria (el llamado EMCS, «Excise Movement and Control System»), se amplía el ámbito de la comunicación previa a la AEAT, incluyéndose los envíos en régimen suspensivo en la circulación interna a la mayor parte de los productos objeto de estos II.EE. de Fabricación, si bien se mantienen las limitaciones de productos y cantidades actualmente existentes tratándose de envíos al ámbito comunitario no interno. Pues bien, a tal efecto, la citada Orden aprueba el correspondiente formato electrónico, exigiéndose la presentación telemática de la relación de abonos realizados a detallistas de gasóleo bonificado que, en cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de los II.EE. aprobado mediante Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, han de suministrar al centro gestor las entidades de crédito.

²² Recuérdese además que, al amparo de lo establecido en el artículo 30 bis del Reglamento del IVA, los transportistas de mercancías o viajeros por carretera pueden, con efectos desde el 2009, solicitar la devolución del impuesto soportado por la adquisición de medios de transporte. Dichos empresarios han de utilizar para ello el Modelo 308, que habrá de presentarse por vía electrónica.

Por lo que respecta al ámbito del **IS y del IRNR (tratándose, en este último caso, de establecimientos permanentes en territorio español)**, es la Orden EHA/1375/2009, de 26 de mayo, la encargada de aprobar los Modelos de declaración del IS y del IRNR correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008, dictándose además a través de la citada Orden un conjunto de instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento necesario para su presentación telemática. Téngase presente que una de las principales novedades operadas en relación con dicho periodo fue la introducción de la información relativa a las operaciones vinculadas, haciéndose así efectivo lo dispuesto en el artículo 18.4 del RIS, en la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, que establece que el obligado tributario deberá incluir en las declaraciones que así se prevea la información relativa a sus operaciones vinculadas en los términos que se establezca por Orden del Ministro de Economía y Hacienda. Hay que destacar además que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 3.ª del citado Real Decreto 1793/2008, la obligatoriedad en la cumplimentación de la información de las operaciones vinculadas sólo resulta exigible para operaciones en las que exista obligación de documentación y que hubiesen sido realizadas a partir de 19 de febrero de 2009²³.

Dicha Orden EHA/1375/2009, de 26 de mayo, aprueba por tanto los modelos de declaración del IS y del IRNR (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español) y sus documentos de ingreso o devolución, para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008, a saber, Modelos 200 y 220 (en formato electrónico, y que contiene la declaración del IS-Régimen de consolidación fiscal correspondiente a los grupos fiscales, incluidos los de cooperativas, que tributen por el régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VII del Título VII del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, y en el RD 1345/1992, de 6 de noviembre, respectivamente).

Finalmente, en materia de **censos tributarios**, la Orden EHA/3695/2007, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el Modelo 030 de Declaración censal de alta en el Censo de obligados tributarios, cambio de domicilio y/o variación de datos personales, que pueden utilizar las personas físicas y por la que se determinan el lugar y forma de presentación del mismo, se encargó de modificar la Orden EHA/1274/2007, de 26 de abril, por la que se aprueban los Modelos 036 de Declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores y 037 Declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores, con la finalidad de admitir la presentación telemática por Internet del citado modelo de declaración.

²³ Como seguramente se recordará ya en su día, en aras de lograr una mayor simplificación administrativa y con el objetivo de alcanzar una reducción de las cargas administrativas de las empresas, se procedió a equiparar al máximo la nomenclatura de las cuentas anuales a las establecidas para el depósito de dichas cuentas anuales en el Registro Mercantil a través de la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación. Pues bien, en base a ello a través de la citada Orden EHA/1375/2009, de 26 de mayo, se procede a unificar los Modelos de declaración 200 y 201 en uno solo de carácter general (Modelo 200), donde se especifica, a través de las correspondientes claves, si la entidad, a los efectos del depósito de cuentas en el Registro Mercantil, utiliza los modelos normal, abreviado o de PYMES, exigiéndose sólo la información correspondiente a cada caso.

Por otra parte, la Resolución de 17 de julio de 2007, de la Dirección General de la AEAT, se ha encargado de extender la colaboración social a la presentación electrónica de las solicitudes de compensación, aplazamiento o fraccionamiento de deudas tributarias correspondientes a declaraciones tributarias cuya presentación electrónica resulta obligatoria, así como de los documentos que, de acuerdo con la normativa vigente, deben acompañar a tales solicitudes, aprobándose al efecto el documento normalizado destinado a acreditar la representación para su presentación por vía electrónica en nombre de terceros ²⁴.

A través de la citada Resolución se establecen los supuestos y condiciones en los que las personas o entidades autorizadas a presentar por vía electrónica declaraciones en representación de terceras personas, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1377/2002, de 20 de diciembre, y en la Orden HAC/1398/2003, de 27 de mayo, puedan presentar electrónicamente, en nombre de tercero, las solicitudes de compensación, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda tributaria resultante de la declaración presentada con carácter obligatorio por vía electrónica, así como los documentos que deban acompañar a dicha solicitud. Con ello se pretende que quien pueda presentar en nombre de tercero, como colaborador social, una determinada declaración tributaria cuya presentación electrónica resulte obligatoria, pueda también solicitar electrónicamente la compensación, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda resultante de tal declaración.

3. Principales características del sistema de declaración tributaria telemática.

Varios son los rasgos configuradores de la normativa actualmente existente en materia de declaraciones tributarias telemáticas. En primer lugar, hemos de referirnos a su ámbito objetivo de aplicación. Los impuestos en relación con los cuales resulta posible la presentación telemática de declaraciones son los Impuestos Aduaneros, los I.I.EE., el IVA, el IRPF, el IS y el IRNR.

Ahora bien, no sólo pueden presentarse declaraciones tributarias telemáticas relativas a impuestos. También resulta posible optar por este sistema en materia de tasas permitiéndose, por ejemplo, la presentación telemática de la autoliquidación y el documento de ingreso de la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) por emisión de informes de auditoría de cuentas ²⁵.

²⁴ Ya con anterioridad la Orden EHA/1433/2007, de 17 de mayo, por la que se aprobaban los modelos de declaración del IS y del IRNR correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2006, preveía la posibilidad de presentación electrónica de la declaración con solicitud de compensación, fraccionamiento o aplazamiento de la deuda tributaria resultante de la declaración, si bien para ello se requería que el declarante se conectase previamente al registro telemático de la AEAT y enviase el documento correspondiente previsto en la normativa para cada tipo de solicitud de forma que, una vez enviado correctamente el documento que corresponda, la Agencia devolvía en pantalla un número de referencia que obligatoriamente debía ser consignado al enviar dichas declaraciones. Se trataba de una solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación de la deuda tributaria resultante de la declaración, con carácter previo a su presentación. De este modo, la Orden EHA/1433/2007 supuso la apertura del ámbito de la colaboración social al permitir la presentación, en nombre de tercero, de los modelos de declaración cuya presentación telemática se impone con carácter obligatorio, así como para dar traslado de la orden de domiciliación previamente comunicada al colaborador social por los terceros a los que representa, a efectos del pago de la deuda tributaria resultante de la declaración. En cambio, no supuso una apertura de dicho marco para la presentación de las solicitudes de aplazamientos, fraccionamientos o compensación de deudas, al tratarse de la presentación de documentos no exigidos por la normativa tributaria.

²⁵ De hecho, la Carta de Servicios de la Agencia Tributaria aprobada mediante Resolución de 26 de julio de 2001 declara que «se extenderá progresivamente el sistema de presentación telemática a todos los modelos de declaración».

¿Cuáles son las clases de declaraciones susceptibles de presentarse por vía telemática? Una primera modalidad de declaración sería aquella por la que se comunica a la AEAT la realización del hecho imponible (caso, por ejemplo, de lo que sucede con los Impuestos Aduaneros). Una segunda modalidad sería la integrada por aquellas declaraciones a través de las cuales se notifica la realización del hecho imponible (caso del IRPF, IS, IRNR para establecimientos permanentes, IVA e II.EE. de Fabricación).

Existe además una tercera modalidad de declaraciones a la que pertenecen aquellas en las que se hacen constar circunstancias relacionadas con la realización del hecho imponible tales como: la solicitud de abono anticipado de la deducción por maternidad en el IRPF o la comunicación de las variaciones que afecten a dicho abono; la solicitud de devolución del IVA soportado por determinados empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto o los documentos de circulación utilizados en la gestión de los II.EE. de Fabricación.

Una cuarta modalidad de declaraciones susceptibles de ser presentadas por vía telemática sería la integrada por las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones relativas a la realización de otras obligaciones a cuenta tales como las retenciones, los ingresos a cuenta o los pagos fraccionados en el ámbito del IRPF, IS o IRNR.

Finalmente, cabría aludir a aquellas declaraciones informativas realizadas a cargo de los contribuyentes o de otros deudores tributarios (caso de la declaración Intrastat en el IVA o de las declaraciones recapitulativas o resúmenes anuales en materia de IRPF, IS, IRNR o IVA), o bien a cargo de terceras personas (entre otras, la declaración de entidades concesionarias de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas en el IRPF o de la declaración de operaciones con Letras del Tesoro).

¿Qué sujetos pueden o, en su caso, deben presentar declaraciones telemáticas? Con carácter general los obligados tributarios, concepto como es sabido de carácter más amplio que el de sujeto pasivo e incluso que el de deudor tributario u obligado al pago de la deuda tributaria.

Así las cosas, estimamos que podrán presentar estas declaraciones telemáticas los sujetos pasivos o, más concretamente, los contribuyentes (ya sea por la realización del hecho imponible en impuestos como el IRPF, IS, IRNR, IVA, II.EE. de Fabricación e Impuestos Aduaneros, o bien por la realización de otras obligaciones a cuenta tales como los pagos fraccionados en el IRPF e incluso por el cumplimiento de obligaciones de información), así como otros deudores tributarios que tengan a su cargo obligaciones a cuenta (retenedores u obligados a efectuar ingresos a cuenta en el IRPF, IS e IRNR) o deberes de información y otros obligados que no tengan a su cargo obligación de pago alguna, debiendo simplemente cumplir con los deberes de información (IRPF o IVA) ²⁶.

En todos estos casos la presentación de tales declaraciones por vía telemática adquiere un carácter voluntario. Ahora bien, la utilización de la vía telemática es obligatoria en determinados

²⁶ Incluso aquellas terceras personas que suscriban acuerdos o convenios con la AEAT pueden presentar las declaraciones telemáticas de los contribuyentes, ostentando en estos casos su representación. No obstante, tal y como se encargó de precisar el Real Decreto 1377/2002, de 20 de diciembre, por el que se desarrolla la colaboración social en la gestión de los tributos para la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios, esta posibilidad queda restringida en la actualidad al ámbito del IRPF, del IS y del IVA.

supuestos tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de las grandes empresas dentro del IVA y del IS. E igualmente puede suceder que la presentación telemática de estas declaraciones quede prohibida a determinados sujetos, como ocurre por ejemplo en las autoliquidaciones que deben presentar aquellos contribuyentes que se hallan en determinadas circunstancias dentro del ámbito del IRPF, IS e IRNR.

La presentación de todas estas autoliquidaciones por vía telemática resulta posible tanto si su resultado es a ingresar (pudiendo solicitarse la compensación, el aplazamiento o el fraccionamiento por vía telemática), como si es a devolver, a compensar, «sin actividad» o «resultado cero», con solicitud de devolución o con renuncia a la devolución.

En la práctica, son dos los sistemas empleados al efecto para la presentación de declaraciones tributarias por vía telemática: el llamado sistema EDI («Electronic Data Interchange») e Internet. El sistema EDI consiste en la transmisión de documentos estandarizados a través de redes de telecomunicaciones entre partes contratantes definidas. Dicho de otro modo, se trata de un sistema de transmisión de documentos electrónicos a través de una Red privada o Intranet. Por lo que respecta al segundo de los sistemas mencionados, Internet (al que posteriormente nos referiremos de manera específica) constituye, como es sobradamente conocido, una Red telemática pública y abierta en progresivo auge ²⁷.

Ambos sistemas presentan, por tanto, características diferentes, si bien tienen en común la transmisión por medios telemáticos de las distintas declaraciones o autoliquidaciones, así como la sustitución del soporte papel por el soporte electrónico ²⁸.

El sistema EDI es gestionado por las empresas de telecomunicación de manera que, cuando dos particulares quieren utilizar una red privada para transmitirse información, han de llegar a un acuerdo y solicitar una autorización a dichas empresas, que se hallan obligadas, a su vez, a conceder las autorizaciones para tener acceso a dicho sistema, debiendo supervisar su utilización.

A priori esta transmisión de documentos electrónicos efectuada a través de una red privada se presenta como un sistema altamente seguro, si bien también plantea diversos inconvenientes derivados, principalmente, de la necesidad de utilizar documentos estandarizados, amén de un coste más elevado que el que pueda originar la transmisión a través de Internet.

En líneas generales no se establece ninguna limitación de horario de cara a la transmisión de los mensajes, si bien a efectos de su recepción y respuesta ha de tomarse en consideración el horario del órgano que recibe la declaración. La declaración transmitida mediante mensajes normalizados se considera presentada en el instante de la recepción del mensaje por el órgano competente. Y, con

²⁷ En efecto, téngase presente que Internet se utiliza cada vez más, no ya sólo en las relaciones entre particulares, sino también entre éstos y las Administraciones Públicas, entre las que se encuentra la Tributaria.

²⁸ Precisan, en este sentido, DELGADO GARCÍA, A.M.^a y OLIVER CUELLO, R., *El deber de información y asistencia a los obligados tributarios*, ob. cit., pág. 134, que «Mediante el recurso a técnicas de encriptado y a certificados de autenticación emitidos por autoridades de certificación, se solucionan los problemas que la falta de estandarización (a diferencia del sistema EDI) puede producir en relación con aspectos técnicos, jurídicos y de protección».

posterioridad a dicha recepción, la Aduana en cuestión (tratándose de declaraciones aduaneras) enviará al declarante un mensaje de aceptación a través del cual se identifique el mensaje previamente recibido, así como el número de registro asignado y la fecha de la admisión. Por el contrario, si la declaración no hubiese sido admitida por incorrecta o por no estar la deuda aduanera debidamente garantizada, lo que se enviaría al declarante sería un mensaje de error, con la finalidad de que éste proceda a subsanar las anomalías existentes en un plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al de la fecha de expedición del documento de circulación.

En definitiva, dentro del marco de las relaciones vía EDI mantenidas entre la Administración y los administrados el acuerdo previo de las partes destinado a intercambiar los mensajes normalizados EDI se sustituye por una autorización de la Administración. Y la utilización del llamado «identificador de la red privada» en la citada transmisión vía EDI viene a sustituir a la firma manuscrita. De este modo, el declarante termina por responder de la veracidad de los datos transmitidos vía EDI así como de las obligaciones que de ellos puedan llegar a derivarse. Ahora bien, en caso de que se produjese un eventual incumplimiento por parte del declarante de estos compromisos tendría lugar la revocación de la autorización previamente otorgada para la utilización del sistema, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que puedan llegar a derivarse.

Este sistema EDI, que fue el primero en ser implantado en el campo de la transmisión electrónica de datos entre la Administración de Hacienda y los administrados (concretamente en el ámbito de las declaraciones aduaneras), se emplea en la actualidad, además de en las anteriores, en el marco de los II.EE. y en la declaración Intrastat en materia de IVA²⁹. Por su parte, la transmisión de declaraciones o autoliquidaciones vía Internet se emplea en el caso del IVA, IS, IRNR e II.EE.

Nótese en consecuencia que el sistema más extendido para la transmisión telemática de declaraciones tributarias es el de Internet, empleado en relación con la gran mayoría de las figuras impositivas que integran el sistema tributario español. Únicamente en dos impuestos, el IVA y los II.EE., son objeto de aplicación ambos sistemas (Internet y EDI) para distintas declaraciones³⁰.

En el ámbito del IVA tan sólo la declaración Intrastat puede ser presentada vía EDI, por lo que es Internet el sistema al que se acude para la presentación de las restantes declaraciones. Esta declaración Intrastat es, además, la única que alterna ambos sistemas (EDI e Internet), los cuales son compatibles, pudiendo emplearse uno u otro a elección del obligado tributario. No obstante, algunas declaraciones informativas o recapitulativas pueden presentarse a través del sistema EDITRAN o mediante Internet.

Conviene tener presente, para finalizar, que en el ámbito de otros impuestos no resulta posible actualmente la utilización de declaraciones o autoliquidaciones telemáticas, dado que dicha posibilidad no se halla prevista por la normativa correspondiente, no habiendo sido tampoco desarrollada a través de la correspondiente Orden Ministerial.

²⁹ Una modalidad de este sistema denominada EDITRAN se utiliza además en la mayor parte de las declaraciones informativas relativas a declaraciones recapitulativas o resúmenes anuales.

³⁰ Es más, dentro del ámbito de los II.EE. de Fabricación solamente en el caso de las grandes empresas se permite la utilización de Internet, siendo el sistema EDI el aplicable en los restantes supuestos.

A pesar de ello, todo parece indicar que el sistema vía Internet será el que termine por implantarse en aquellos impuestos que afectan a un mayor número de contribuyentes debido, no ya sólo a su elevado grado de generalización entre éstos, sino también a la escasa complejidad de sus aplicaciones informáticas y a su menor coste.

Debe quedar claro, sin embargo, que mientras no se reconozca de forma expresa en el ámbito de un concreto impuesto la posibilidad de emplear medios telemáticos para la presentación de declaraciones aprobándose el correspondiente desarrollo de dicha opción, no será posible el empleo de tales medios.

Cabe plantearse a este respecto, dada la progresiva incorporación de las técnicas telemáticas en el desarrollo de la actividad de la Administración tributaria y en el desempeño de sus competencias, la conveniencia de configurar un marco normativo común relativo a la presentación de declaraciones o autoliquidaciones por vía telemática. A nuestro juicio, dicho marco podría permitir la presentación de cualquier declaración o autoliquidación sin necesidad de que la concreta regulación de cada figura tributaria así lo autorice, no precisándose además que se dicte la correspondiente Orden Ministerial de desarrollo, una vez que la Administración tributaria disponga de los medios necesarios al efecto.

4. Análisis específico de la presentación de declaraciones tributarias vía Internet.

Tal y como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, las figuras impositivas en relación con las cuales se permite en la actualidad la presentación telemática de declaraciones o autoliquidaciones a través de Internet, no ya sólo en materia de realización del hecho imponible sino también en el ámbito de retenciones, ingresos a cuenta, pagos fraccionados, e incluso obligaciones de información, son las siguientes: IRPF, IS, IVA, IRNR e II.EE. de Fabricación.

En todo estos supuestos es condición necesaria para poder efectuar la presentación vía Internet de las correspondientes declaraciones tributarias estar en posesión de un certificado de usuario, siendo la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda la encargada de actuar como autoridad de certificación. Así se prevé en la habilitación concedida al efecto por el artículo 81, apartado 1.º, letra b) de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

Actualmente, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda emite los llamados «certificados X.509.V3». Estos certificados, cuyo origen se sitúa en la versión 3 de la recomendación X.509 del ITU-T («International Telecommunications Union-Telecommunication»), contienen, entre otros datos, una identificación del usuario, un número de certificado, la fecha de concesión y expiración del certificado, la clave pública y la firma digital ³¹.

³¹ Acerca de la configuración de estos certificados de usuario véase, con carácter general, la Orden 1181/2003, de 12 de mayo, por la que se establecen normas específicas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones tributarias por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con la AEAT. Dentro de nuestra doctrina pueden consultarse, entre otros, los trabajos de DELGADO GARCÍA, A. M.^a y OLIVER CUELLO, R., «Administración electrónica tributaria y software libre», *Revista de Información Fiscal*, núm. 75, 2006, págs. 22 y ss., PARRA BENÍTEZ, F., «La Administración electrónica», *Tribuna Fiscal*, núm. 204, 2007, págs. 13 y ss. y ÁNGULO CASCÁN, A., *La Administración fiscal electrónica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Los certificados, de carácter personal e intransferible, pueden ser empleados, además de para la presentación telemática de declaraciones tributarias en todos aquellos casos en los que una norma de la Administración tributaria así lo contemple expresamente, para otras comunicaciones de carácter telemático que deban efectuarse con la Administración siempre que ésta así lo contemple ³².

¿Qué procedimiento debe seguirse para la presentación de estas declaraciones telemáticas? Ante todo es imprescindible que el declarante se ponga en contacto con la entidad colaboradora de que se trate, ya sea por vía telemática, acudiendo directamente a sus oficinas o personándose en la entidad de depósito que presta el servicio de caja en la Delegación o Administración de la AEAT en cuya circunscripción se halle su domicilio fiscal, al objeto de que se faciliten diversos datos relativos a la autoliquidación.

Una vez contabilizado el importe a ingresar o devolver que corresponda, la entidad colaboradora o, en su caso, la entidad de depósito, debe asignar al contribuyente un Número de Referencia Completo (NRC) ³³. Dicha entidad entrega asimismo un recibo al declarante, el cual surte efectos liberatorios frente a la Administración tributaria. Este NRC no resulta preciso, sin embargo, si el resultado de la autoliquidación es negativo, ya sea con solicitud de devolución o con renuncia a la devolución. En este caso, el presentador ha de ponerse directamente en comunicación con la Agencia a través de Internet al objeto de poder iniciar la siguiente fase de este procedimiento de presentación telemática ³⁴.

Una vez efectuada la operación anterior, y tras la obtención del correspondiente NRC, el declarante debe ponerse en contacto con la Agencia a través de la página web de esta última en Internet para realizar la presentación de la declaración en la misma fecha en la que hubiese tenido lugar el ingreso o, en su caso, la solicitud de devolución. Para ello deberá introducir el NRC asignado por la entidad colaboradora, cumplimentando los datos incluidos en el formulario que aparece en pantalla en estos casos una vez efectuada la selección de la opción relativa a «presentación de declaraciones».

Nótese que el hecho de que la transmisión telemática de la declaración-liquidación deba efectuarse en la misma fecha en que tenga lugar el ingreso o, en su caso, la solicitud de devolución resultante de la misma, determina que se produzca una simultaneidad en el ingreso (o la solicitud de devolución) y en la presentación de la autoliquidación, dado que ambos han de tener lugar en el mismo día ³⁵. Incluso

³² Varios son los pasos que deben seguirse de cara a la obtención de certificado. En primer lugar, debe obtenerse el certificado raíz de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (clase 2 CA). A continuación, el contribuyente debe proceder a solicitar su certificado al citado organismo, que le asignará un código de solicitud a una de las claves generada, enviándolo a aquél con la finalidad de poder presentarlo en la acreditación. El contribuyente ha de acreditarse siempre en una oficina de la Agencia, personándose en sus oficinas, ante Notario o ante otra Administración Pública que haya suscrito el oportuno convenio, y debiendo aportar su Documento Nacional de Identidad y el código de solicitud de certificado. Finalmente, el contribuyente asume la obligación de descargar su certificado de la página web de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, para lo cual resultará imprescindible aportar el NIF del titular del titular en todos los casos.

³³ Este NRC se genera informáticamente a través de un sistema criptográfico que relaciona de forma unívoca el citado Número con el importe a ingresar o devolver.

³⁴ Téngase presente a este respecto que, al igual que sucede con las autoliquidaciones presentadas por otros medios, también las autoliquidaciones tributarias telemáticas pueden presentarse por los contribuyentes de manera espontánea fuera del periodo voluntario, ya sea para suplir la falta de presentación anterior o para modificar la autoliquidación presentada.

³⁵ En la práctica, sin embargo, lo que se efectúa en primer término suele ser el ingreso o la solicitud de devolución y, con posterioridad, la presentación. Ahora bien, también es posible presentar telemáticamente la solicitud de compensación, aplazamiento o fraccionamiento del pago.

puede llegar a suceder que, por motivos técnicos, no resulte posible efectuar la presentación el mismo día en que se haya producido el ingreso. Pues bien, en estos casos cabe la posibilidad de realizar la transmisión telemática de la autoliquidación hasta el segundo día hábil posterior al del ingreso³⁶.

¿Y si la presentación tampoco pudiera efectuarse dentro de estos dos días? ¿Qué efectos se derivarían entonces para el obligado tributario? A nuestro juicio, puesto que el ingreso ya se habría producido, no podría alegarse la existencia de omisión alguna en este sentido, de manera tal que no cabría imponer sanción alguna por la infracción tipificada al efecto en el artículo 191 de la LGT 2003. Y tampoco podrían exigirse intereses de demora en concepto de indemnización. Téngase presente, no obstante, que la falta de presentación de las autoliquidaciones en los plazos establecidos por la normativa tributaria constituye infracción leve tipificada como tal en el artículo 198 de la Ley 58/2003, en tanto en cuanto el ingreso de la deuda tributaria no exime de la obligación de presentar la declaración.

Ahora bien, en la medida en que el artículo 179.2 de la citada Ley contempla, como es sabido, la existencia de diversas causas exoneradoras de responsabilidad en materia de infracciones tributarias, si se estimara que el declarante que procede a la presentación de la autoliquidación por vía telemática incurre en alguna de las citadas causas, la Administración no podría imponerle ninguna sanción por infracción leve³⁷.

La siguiente actuación a realizar por el declarante consistirá en seleccionar el certificado de usuario expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda al objeto de poder generar la firma electrónica. Una vez efectuada dicha selección será cuando aquél se halle en condiciones de transmitir la declaración completa con la firma digital o, en su caso, firmas digitales³⁸.

Finalmente, una vez aceptada la presentación, la AEAT devolverá en pantalla al contribuyente la declaración o, en su caso, el documento de ingreso o devolución debidamente validados con un código electrónico de 16 caracteres, haciendo constar además la fecha y hora de presentación. Es imprescindible que el declarante imprima y conserve la declaración o documentos aceptados y validados con el oportuno código electrónico.

Obsérvese, por tanto, cómo todo obligado tributario que realiza la presentación telemática de una determinada autoliquidación o de una concreta declaración recibe dos justificantes: uno relativo al ingreso y otro correspondiente a la presentación de la declaración. Ambos poseen carácter libera-

³⁶ Podría incluso llegar a darse el caso de que, habiéndose realizado el ingreso el último día del periodo voluntario, no resultara posible presentar dentro de dicho plazo la autoliquidación correspondiente por encontrarse saturada la Red, por problemas con el servidor o, en definitiva, por cualquier otro problema de carácter técnico. Pues bien, consideramos que incluso en estos casos la declaración podría presentarse dentro de los dos días hábiles siguientes a la finalización del periodo voluntario sin ninguna consecuencia jurídica para el obligado tributario. Y ello a pesar de la ausencia de regulación normativa existente en torno a este extremo.

³⁷ Así, por ejemplo, si el ordenador del declarante en el que éste tiene instalado el correspondiente certificado de usuario quedase destruido, podría ser de aplicación la causa de exoneración de responsabilidad a que se refiere la letra b) de dicho precepto, consistente en la concurrencia de fuerza mayor. E incluso podría tratar de aplicarse la circunstancia establecida en la letra d), si el declarante hubiese obrado con la diligencia necesaria.

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se presenta una declaración conjunta del IRPF por medios telemáticos, debiendo hacerse constar la firma de ambos cónyuges. A pesar de ello, en el marco de la colaboración social prevista para la presentación de declaraciones únicamente es necesario hacer constar la firma digital del presentador, no siendo en cambio necesaria la del obligado a quien representa.

torio para el contribuyente frente a la Administración tributaria, lo que constituye la razón de ser de su conservación.

Por otra parte, el declarante dispone siempre de la posibilidad de consultar a través de Internet las declaraciones presentadas, así como el estado de tramitación de la declaración del IRPF que hubiese sido presentado telemáticamente, la consulta integral de una declaración de IRPF e IS presentada a través de la Red o la comprobación de la orden de domiciliación del segundo plazo.

4.a) Requisitos y pasos que han de seguirse para la presentación de autoliquidaciones a través de Internet.

Como ya hemos señalado, la Orden EHA/3435/2007, de 23 de noviembre, procedió en su día a la aprobación de determinados modelos de autoliquidación, disponiendo la presentación telemática obligatoria de las autoliquidaciones Modelos 110, 115, 117, 123, 124, 126, 128, 202 y 300 ³⁹ para aquellos declarantes que tengan forma de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada (cuyo NIF, como es sabido, ha de empezar por las letras A o B). Dicha obligatoriedad resultó ya aplicable a partir del tercer trimestre del ejercicio 2008, esto es, en relación con aquellas autoliquidaciones cuyo plazo de presentación se iniciase a partir del 1 de octubre de 2008.

Como no puede ser de otra manera, para poder efectuar la presentación telemática de una declaración el contribuyente debe conectarse a la Oficina Virtual de la Agencia Tributaria, accediendo a la opción de «Presentación de declaraciones». Pulsándose a continuación sobre la ventana «Todas las declaraciones» se nos mostrarán todos los modelos susceptibles de ser presentados a través de Internet. Así las cosas, bastará con seleccionar el modelo y el tipo de declaración que se desee presentar (a ingresar, a devolver, a compensar, etc.), mostrándose acto seguido una ventana de «Autenticación del Cliente» para que el contribuyente elija el certificado digital con el que quiere trabajar.

Una vez realizadas este conjunto de operaciones preliminares el siguiente paso será, lógicamente, cumplimentar el formulario de la declaración. No obstante, y con carácter opcional, si el sujeto hubiese realizado la declaración sirviéndose de un programa informático de ayuda, podría «importar» directamente los datos pulsando sobre el botón «Optativo: importar datos de fichero» ⁴⁰.

Tras cumplimentar el formulario debe hacerse *click* en la ventana «Firmar y enviar», como consecuencia de lo cual se nos mostrará un resumen de la declaración. El contribuyente ha de verificar que los datos mostrados son correctos. Y sólo tras realizar dicha verificación seleccionará el certificado con el que vaya a firmar, haciendo *click* a continuación en la opción «Pulse para continuar».

³⁹ Recuérdese, no obstante, en relación con este último Modelo 300, que la Orden EHA/3786/2008, de 29 de diciembre, se encargó de aprobar el nuevo Modelo 303, que sustituyó a los antiguos Modelos 300, 330, 332 y 320. El citado Modelo 303 pasó así a utilizarse desde 2009 por la práctica totalidad de los sujetos pasivos del IVA, a excepción de aquellos que tributen por el régimen simplificado. Su ámbito de aplicación se extiende a dos colectivos especialmente relevantes, a saber: quienes estén inscritos en el registro de devoluciones mensuales y las grandes empresas.

⁴⁰ A tal efecto, se requiere que dicho fichero, previamente generado con el programa de ayuda, se encuentre ubicado en C:/AEAT o en una subcarpeta dentro de C:/AEAT.

Siendo la transmisión efectuada correcta el mensaje enviado por la Agencia Tributaria deberá incluir un código electrónico de 16 caracteres justificativo de que ha sido presentada, además de la fecha y hora de presentación ⁴¹.

Por otra parte, existe la posibilidad de presentar las autoliquidaciones en representación de terceros. A tal efecto, la aplicación informática de la Agencia procede a mostrar una ventana de Autenticación del Cliente destinada a que el contribuyente elija el certificado digital con el que quiere trabajar. A continuación ha de cumplimentarse el oportuno formulario de la declaración, existiendo no obstante la opción ya indicada de poder importar los datos pulsando sobre el botón «Optativo: importar datos de fichero» en el supuesto de que el sujeto hubiese realizado la declaración sirviéndose de un programa de ayuda. Los siguientes pasos serán idénticos a los anteriormente reseñados: pulsar el botón «Firmar y enviar», mostrar un resumen de la declaración, verificar que los datos mostrados son correctos, seleccionar el certificado con el que se vaya a firmar y hacer *click* en la ventana «Pulse para continuar». Siendo la transmisión correcta, el mensaje de la Agencia incluirá un código electrónico de 16 caracteres justificativo de que ha sido presentada, además de la fecha y hora de dicha presentación.

4.b) Condiciones necesarias para la realización del pago de autoliquidaciones por vía telemática.

En la actualidad, de cara a poder realizar la presentación de declaraciones o autoliquidaciones con resultado a ingresar a través de Internet el contribuyente debe efectuar con carácter previo el pago y obtener un NRC, es decir, un justificante del pago que permite a la Agencia Tributaria comprobar que se ha efectuado el ingreso del impuesto.

A tal efecto, cabe aludir a la existencia de tres formas de realizar el pago y obtener el citado NRC. En primer lugar, presencialmente, en las oficinas de las distintas entidades financieras. En segundo término, a través de banca telemática, en aquellas entidades que presten el correspondiente servicio. Y, finalmente, mediante Internet, a través de la Oficina Virtual de la Agencia Tributaria.

Pues bien, en este último caso las actuaciones podrán llevarse a cabo tanto en nombre propio como a través de los mecanismos de colaboración social. Para ello bastará con acceder a la «Oficina Virtual» de la Agencia, haciendo *click* a continuación en la ventana relativa a «Pago de Impuestos» (opción «Autoliquidaciones») para, acto seguido, seleccionar la forma de pago que se desee mediante cargo en cuenta o con tarjeta.

Una vez efectuadas las citadas operaciones habría que seleccionar el modelo para el que desee efectuar el pago, teniendo presente a tal efecto que si se optase por la opción de «Pago con tarjeta de crédito/debito» deberá indicarse la entidad emisora de la tarjeta con la que se vaya a realizar el pago. Tanto si se opta por un medio de pago u otro, a continuación habrán de consignarse los datos de la

⁴¹ En el hipotético caso de que el contribuyente fuese a transmitir varias autoliquidaciones del mismo tipo podría optar por la llamada «presentación por lotes». En todo caso, para poder realizar la presentación telemática se requiere disponer del correspondiente certificado de firma electrónica emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o por cualquier otra Autoridad de Certificación autorizada por la Agencia Tributaria para la presentación de declaraciones a través de Internet.

autoliquidación sobre la que se desee realizar el ingreso, así como los datos relativos a su cuenta bancaria o a su tarjeta de pago.

Por último, tras cumplimentar dichos datos se haría *click* en la ventana «Firmar y Enviar», a raíz de lo cual se solicitaría al contribuyente la selección del certificado de usuario que se fuese a utilizar para efectuar la firma y transmisión de los datos. A este respecto conviene tener presente que es condición necesaria que el titular de dicho certificado coincida con el titular de la cuenta o de la tarjeta con la que se efectúe el pago. De cualquier manera, como resultado de la realización de la citada operación el sujeto obtendrá el justificante de pago NRC que ha de consignar en la presentación del modelo correspondiente ⁴².

4.c) Presentación de autoliquidaciones a ingresar con solicitud de aplazamiento o fraccionamiento.

Como regla general, el procedimiento de transmisión telemática de las declaraciones con solicitud de aplazamiento o fraccionamiento, solicitud de compensación, simple reconocimiento de deuda o solicitud de anotación en cuenta corriente tributaria es el previsto en la presentación de autoliquidaciones, con la única particularidad de que, junto a la misma, los declarantes deben enviar por vía telemática a través de Internet al registro telemático de la AEAT el documento correspondiente establecido en la normativa para cada tipo de solicitud.

Dicha solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se realiza en el mismo momento de la presentación telemática de la autoliquidación. A tal efecto, ha de seleccionarse la opción relativa a «Solicitud de aplazamiento o fraccionamiento», «Ingreso y aplazamiento», etc. En el encabezado del formulario de presentación ha de figurar un Número de Referencia de Registro (NRR).

Una vez pulsada la opción «Obtener» podría accederse, por ejemplo, a la página de «Solicitud de aplazamiento». Tras su debida cumplimentación el siguiente paso sería hacer *click* sobre la ventana «Generar PDF», como consecuencia de lo cual se generará un archivo PDF en nuestro ordenador con la solicitud de aplazamiento, que podríamos visualizar e imprimir.

Acto seguido se procedería a «Firmar y Enviar» la solicitud con la finalidad de obtener el correspondiente NRR de la misma, que habría de incorporarse a la presentación de la autoliquidación. Adviértase, sin embargo, que en ese preciso instante únicamente se ha originado la solicitud de aplazamiento, fraccionamiento, etc. En consecuencia, habría de proseguirse con el procedimiento habitual de presentación de autoliquidaciones pulsando la opción «Continuar presentación». Téngase presente, además, que si no se continuase con la presentación lo único que terminaría presentándose sería, por ejemplo, una solicitud de aplazamiento pero no la declaración ⁴³.

⁴² Recuérdese una vez más que, de cara a poder llevar a cabo esta presentación telemática, el contribuyente debe disponer de un certificado de firma electrónica procedente de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o de cualquier otra Autoridad de Certificación autorizada por la Agencia Tributaria para la presentación de declaraciones por Internet.

⁴³ En estos casos no se admite además el aplazamiento (u otro trámite) solicitado.

Por lo que respecta a los reconocimientos de deuda y a los reconocimientos de deuda con solicitud de aplazamiento, ambos funcionan exactamente igual que los aplazamientos. Como no puede ser de otra manera, de cara a efectuar la citada presentación telemática debe disponerse de un certificado de firma electrónica expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o, en su caso, por cualquier otra Autoridad de Certificación autorizada por la Agencia Tributaria para la presentación de declaraciones a través de Internet. Nos hallamos, además, ante un procedimiento susceptible de ser realizado en representación de terceros, siempre y cuando la presentación de la autoliquidación se efectúe por vía telemática.

4.d) Presentación de autoliquidaciones con domiciliación del importe a ingresar.

Sabido es que a través de la Orden EHA/3398/2006, de 26 de octubre, se dictaron en su día diversas medidas para el impulso y homogeneización de determinados aspectos relativos a la presentación de declaraciones tributarias por vía telemática.

Concretamente, dicha Orden Ministerial recoge, entre otras opciones, la relativa a la posibilidad de efectuar el pago diferido mediante la domiciliación del importe a ingresar, sin necesidad de obtener previamente el NRC.

En líneas generales, se trata de una posibilidad que sólo se encuentra disponible respecto de las presentaciones telemáticas y que viene a simplificar la presentación telemática efectuada en nombre de terceros, al no tener que realizarse el pago telemático.

A tal efecto, basta con acceder a la Oficina Virtual de la Agencia y seleccionar la opción de «Presentación de declaraciones», debiendo escogerse el modelo que se desee presentar. Acto seguido ha de hacerse *click* en la ventana «Domiciliación del importe a ingresar». Al acceder al encabezado del formulario, en lugar del NRC, se nos pedirá nuestro Código Cuenta Cliente (CCC), cuyo titular debe coincidir con el obligado tributario.

El plazo máximo fijado para la presentación de autoliquidaciones trimestrales a través de esta modalidad es hasta el día 15 del mes en el que se realice la presentación, debiendo efectuarse el cargo en cuenta el día en el que finalice el plazo de pago voluntario previsto al efecto ⁴⁴.

¿Qué criterios se prevén de cara a efectuar la consulta, la rectificación, la anulación o la reactivación de domiciliaciones a través de Internet? Como regla general, una vez efectuada la presentación con domiciliación de una autoliquidación, y siempre dentro del plazo establecido para la práctica de aquélla, podrá rectificarse y anular la cuenta bancaria en la que se desee que se produzca el cargo de la citada autoliquidación. Para ello deberemos acceder nuevamente a la Oficina Virtual de la Agencia y, tras desplegar el Menú de «Consultas personalizadas», habremos de seleccionar la opción «Rectificación cuenta de domiciliación».

⁴⁴ Esta domiciliación habrá de remitirse a las entidades financieras indicando el NIF del sujeto pasivo del impuesto, que deberá figurar como titular de la cuenta corriente con dicho NIF.

Igualmente, existe la posibilidad de poder consultar a través de Internet las domiciliaciones no ingresadas, si bien únicamente tratándose de colaboradores sociales. En el presente caso los trámites que habría que seguir serían, en primer lugar, acceder a la Oficina Virtual y, a continuación, desplegar el Menú «Otros trámites» y seleccionar la opción «Consulta de domiciliaciones cuyo ingreso no se ha recibido»⁴⁵.

III. LA REALIZACIÓN DE APODERAMIENTOS POR VÍA ELECTRÓNICA

Señala, como es sabido, el artículo 46.2 de la LGT que «Para interponer recursos o reclamaciones, desistir de ellos, renunciar a derechos, asumir o reconocer obligaciones en nombre del obligado tributario, solicitar devoluciones de ingresos indebidos o reembolsos y en los restantes supuestos en que sea necesaria la firma del obligado tributario en los procedimientos regulados en los títulos III, IV y V de esta Ley, la representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente. A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración tributaria para determinados procedimientos». Añade a continuación el apartado tercero del citado precepto de la Ley 58/2003 que, tratándose de actos de mero trámite, se presumirá concedida la representación.

Pues bien, con la finalidad de tratar de paliar aquellas dificultades que se plantean a la hora de acreditar la representación con la que se actúa por parte de quien lo hace a través de Internet, así como al objeto de impulsar la actuación ante la Administración Pública en representación de terceros por vía telemática, la Resolución de 16 de febrero de 2004 de la Dirección General de la AEAT creó un registro de apoderamientos basado en una aplicación informática que permite inscribir los poderes otorgados por los ciudadanos y empresas para la realización de aquellos trámites y actuaciones que, en materia tributaria, pueden realizarse por Internet a través de la página web de la Agencia.

Con posterioridad, y debido al éxito alcanzado con la creación de dicha herramienta, mediante Resolución de 18 de enero de 2005 se procedió a modificar y a sustituir a la anterior Resolución, introduciéndose una serie de modificaciones de mejora, ampliándose el ámbito del registro de apoderamientos y aumentando los instrumentos que ofrece la Administración tributaria a los administrados para su actuación a través de Internet.

De cualquier manera, tanto la Resolución de 16 de febrero de 2004 como la posterior de 18 de enero de 2005 establecieron un sistema de apoderamiento específico, con mención expresa de cada trámite concreto (de entre los habilitados para ser realizados a través de Internet) al que el poderdante deseara que se extendiera el apoderamiento. Al amparo de dicho sistema, en todos aquellos supuestos en los que progresivamente se fuesen habilitando nuevos trámites para su realización a través de Internet quienes desearan ampliar el apoderamiento previamente otorgado a aquéllos, debían otorgar posteriores y sucesivos nuevos apoderamientos.

⁴⁵ En la práctica, la información sobre estas domiciliaciones no ingresadas se encuentra actualizada una vez que han transcurrido entre 15 y 20 días a contar desde la fecha del vencimiento.

Desde nuestro punto de vista se trataba de un sistema de actuación que originaba diversas rigideces. Y, debido precisamente a ello, terminó optándose por el establecimiento de un sistema de apoderamiento general susceptible de extenderse a la totalidad de los trámites cuya realización por Internet se fuera habilitando pero que, al mismo tiempo, mantiene las garantías y la fiabilidad propias del registro de apoderamientos que inspiró su creación.

Dicho sistema se encuentra actualmente recogido en la Resolución de la Dirección General de la AEAT de 20 de junio de 2007, que modifica la anteriormente citada Resolución de 18 de enero de 2005, introduciendo una importante flexibilización en el ámbito del Registro de Apoderamientos, al permitir que quienes quieran actuar a través de representante por Internet puedan optar por el modelo inicialmente establecido (delimitando la extensión del poder que otorguen mediante la elección singular de cada uno de los trámites a los que quieran que se extienda) o, en su caso, por aquel otro que se habilita a través de dicha Resolución de 20 de junio de 2007.

Este último modelo permite otorgar poder a un tercero con carácter general para todos aquellos trámites que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LGT, exijan su acreditación mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o, en su caso, mediante comparecencia ante el órgano administrativo competente.

Pues bien, ha de precisarse que, en el supuesto de que se optase por esta segunda posibilidad habilitada por vez primera a través de la citada Resolución de 20 de junio de 2007, la extensión del apoderamiento a nuevos trámites cuya realización por Internet se fuese habilitando sucesivamente no exigiría el otorgamiento de nuevos poderes. Significa ello que, una vez otorgado el referido poder general para todos los trámites que establece el artículo 46.2 de la LGT, éste se extendería a la realización del conjunto de aquellos cuya realización a través de Internet estuviese habilitada o se habilitase en el futuro.

Ahora bien, ha de quedar claro que, para que se entienda que se hallan comprendidas en el apoderamiento determinadas actuaciones que excedan a las contempladas en el artículo 46.2 de la LGT, dichas actuaciones habrán de mencionarse expresamente, al no poder entenderse comprendidas entre las expresadas actuaciones mencionadas en el citado precepto de la Ley 58/2003 todas las posibles, adoleciendo además muchas de ellas de la consideración de actos de mero trámite.

De este modo, en aquellos casos en los que se otorgue poder general para todos los trámites del artículo 46.2 de la LGT, éste no podrá extenderse a la realización de aquellos que, por su relevancia, la extensión del apoderamiento al mismo deba constar expresamente. Y cuando se habilite la realización por Internet de este tipo de trámites, que sólo podrán cumplimentarse a través de representante mediante un apoderamiento expreso para el mismo, habrá de hacerse constar esta circunstancia en la página web de la Agencia Tributaria en la que se publique la habilitación, de forma que quienes quieran extender el apoderamiento a ese trámite deberán mencionarlo expresamente en el correspondiente documento de apoderamiento.

Con carácter general, se hallan facultados para otorgar apoderamiento para la realización, en su nombre, de determinados trámites tributarios de su ámbito personal, las personas físicas, personas jurídicas y entidades carentes de personalidad jurídica a que se refiere la normativa tributaria. Dicho apo-

deramiento podría, a su vez, ser otorgado a una o varias personas, tanto físicas como jurídicas, salvo en el caso de apoderamientos para la recepción telemática de comunicaciones y notificaciones, en relación con los cuales únicamente resulta posible su otorgamiento a una sola persona, física o jurídica. Ahora bien, en el supuesto de que el otorgamiento del poder se realizase a través de Internet, mediante el uso de firma electrónica admitida por la AEAT, el poderdante sólo podría ser persona física.

Por otra parte, debe precisarse que la instrumentación de la representación por esta vía no supone ningún incremento de la responsabilidad del representante respecto de lo establecido en la normativa encargada de su regulación con carácter general.

¿Qué sistema debe seguirse para poder consultar la realización de este apoderamiento a través de Internet? En líneas generales los trámites (tanto específicos como generales) que se lleven a cabo pueden consultarse en la página web de la Agencia Tributaria a través de la Sección «Puede tramitar», accediendo al apartado «Consulta de trámites habilitados para el apoderamiento a través de Internet».

De conformidad con lo establecido en la Resolución de la Dirección General de la AEAT de 18 de enero de 2005, son varios los mecanismos a través de los cuales resulta posible el otorgamiento del poder siguiendo los trámites habilitados al efecto. En primer lugar, su otorgamiento puede efectuarse a través de Internet, mediante el uso de firma electrónica admitida por la AEAT. Esta primera opción permite a cualquier obligado tributario, persona física, apoderar a un tercero (persona física o jurídica) para que este último (el apoderado) pueda realizar a través de Internet (y sirviéndose de su propio certificado electrónico de usuario) cualquiera de los trámites y actuaciones previstos en materia tributaria y que se encuentren habilitados al efecto, relativos a quien haya otorgado el poder (el poderdante).

El principal objetivo perseguido parece pues claro: se pretende facilitar e incentivar la realización de trámites y actuaciones a través de la Oficina Virtual de la Agencia Tributaria en aras, no ya sólo de que sea el propio obligado tributario quien pueda realizar el correspondiente trámite o actuación, sino de que dicho trámite pueda efectuarse igualmente por su apoderado a través de su propio certificado electrónico y en nombre del poderdante. Debe precisarse, no obstante, que en este último caso el poderdante (esto es, quien otorga el poder) sólo podrá ser persona física.

En segundo término, el otorgamiento del poder podrá llevarse a cabo mediante comparecencia personal del poderdante en las Delegaciones y Administraciones de la AEAT. Así, en el supuesto de que el poderdante optase por comparecer personalmente en las Delegaciones y Administraciones de la Agencia para otorgar el apoderamiento a una tercera persona, ello se formalizaría mediante el empleo del formulario del Anexo de la Resolución de 20 de junio de 2007 de la Dirección General de la AEAT por la que se modifica la Resolución de 18 de enero de 2005 y que, como ya hemos tenido ocasión de precisar, regula el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria a través de Internet.

Finalmente, el otorgamiento del poder podrá articularse mediante documento público o documento privado con firma notarialmente legitimada y presentado ante la Agencia. En este últi-

mo supuesto el correspondiente documento de acreditación del apoderamiento que se otorgue deberá ajustarse al contenido recogido en el formulario del Anexo de la Resolución de 20 de junio de 2007.

Por otra parte, el poderdante se halla facultado para revocar, en cualquier momento, los apoderamientos que hubiese otorgado. Y, cuando ello se produzca, la revocación surtirá efectos desde el instante de su comunicación fehaciente a la AEAT. Dicha revocación podrá realizarse a través de cualquiera de los procedimientos susceptibles de ser utilizados para su otorgamiento. Así su articulación podrá tener lugar, en primer término, mediante comparecencia en las Delegaciones y Administraciones de la Agencia, cumplimentándose el Anexo II de la Resolución de 18 de enero de 2005. En segundo término, a través de documento público o privado ajustado igualmente al contenido del Anexo II de la citada Resolución de 18 de enero de 2005. Y, por último, a través de Internet, accediendo a la página web de la Agencia, y mediante la firma electrónica del poderdante.

1. Principales trámites y actuaciones susceptibles de apoderamiento realizados a través de Internet.

A la hora de analizar la posibilidad existente de efectuar los registros y la gestión de apoderamientos para la realización de actuaciones tributarias a través de Internet hemos de acudir, como normativa general aplicable, a aquello que establece la Ley 58/2003. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, conviene tener igualmente presente lo dispuesto en la anteriormente citada Resolución de 18 de enero de 2005, de la Dirección de la AEAT, por la que se regula el registro y gestión de apoderamientos y registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados para la realización de trámites y actuaciones tributarias por Internet, posteriormente modificada mediante Resolución de 20 de junio de 2007, igualmente citada con anterioridad.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de esta modalidad de actuación? Como ya hemos indicado, el apoderamiento podrá ser otorgado por personas físicas, jurídicas o entidades carentes de personalidad jurídica del artículo 35.4 de la LGT. Dicho apoderamiento podrá realizarse además con carácter general, o bien a una o varias personas tanto físicas como jurídicas. Y, de cara a la recepción telemática de comunicaciones y notificaciones, el referido apoderamiento habrá de conferirse necesariamente a una única persona física o jurídica.

Tal y como se ha indicado con anterioridad, son varias las formas de incorporación de apoderamientos al Registro existente en la actualidad. En primer lugar, dicha incorporación podría llevarse a cabo mediante comparecencia personal del poderdante ante las oficinas de la Agencia. Ahora bien, cabría igualmente la posibilidad de articular la referida incorporación a través del oportuno documento privado con firma legitimada notarialmente presentado ante la Agencia, mediante documento público presentado ante la misma o a través de Internet, mediante el uso de la firma electrónica emitida por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o, en su caso, por cualquier autoridad certificadora autorizada por la Agencia Tributaria, si bien únicamente tratándose de personas físicas. Por otra parte, únicamente se requiere la aceptación del apoderado para la recepción telemática de comunicaciones y notificaciones.

¿Qué información ha de presentarse ante el Registro de apoderamientos? Básicamente la siguiente: nombre y apellidos, denominación o razón social y NIF del poderdante; nombre y apellidos, denominación o razón social y NIF del apoderado; trámites y actuaciones objeto de apoderamiento; periodo de vigencia del poder; fecha de otorgamiento del poder; y número de referencia del alta y fecha del alta en el Registro.

Centrando el objeto de nuestro estudio en los llamados apoderamientos generales (ya que, por lo que respecta a los apoderamientos concretos, habrán de seguirse un conjunto de trámites específicos en cada caso), dichos apoderamientos pueden ser empleados a la hora de realizar actuaciones tales como interponer recursos y reclamaciones, desistir de ellos, renunciar a derechos, asumir o reconocer obligaciones en nombre del obligado tributario, solicitar devoluciones de ingresos indebidos o reembolsos así como, con carácter general, en los restantes supuestos en los que resulte necesaria la firma del obligado tributario, dentro de procedimientos regulados en los Títulos III, IV y V de la Ley 58/2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 46.2.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, podría acudir igualmente al apoderamiento a través de Internet para la realización de otras actuaciones tales como la consulta de datos personales o la recepción de notificaciones. En este último caso, además, la realización del apoderamiento implicará la prestación del consentimiento para la práctica de notificaciones electrónicas al apoderado.

En todo caso, volvemos a recordar que el poder que se otorgue podrá ser revocado en cualquier momento, si bien los efectos derivados de dicha revocación se producirán desde el instante en el que la Agencia tenga conocimiento fehaciente de la misma. Y, a tal efecto, la revocación podrá articularse mediante comparecencia en las Delegaciones y Administraciones de la AEAT (debiendo rellenarse el oportuno formulario), mediante documento público o privado con firma legitimada notarialmente presentado ante la Agencia o a través de Internet, sirviéndose de la firma electrónica del poderdante y utilizando el formulario contenido en la página web de la Agencia (www.aeat.es).

2. Régimen de funcionamiento del llamado registro de sucesores.

En el caso específico de los sucesores o de los representantes legales, al objeto de que los mismos puedan acceder vía Internet al Registro de sucesores, se requiere que aporten aquellos documentos que, según la normativa civil o mercantil aplicable, acrediten el fallecimiento y sucesión de la persona física o la extinción y sucesión de la persona jurídica o de la entidad carente de personalidad jurídica a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT. Igualmente se requiere, en su caso, la acreditación de la representación legal de la persona carente de capacidad de obrar.

Adicionalmente, estos sujetos han de cumplimentar el Anexo III de la Resolución de 18 de enero de 2005 de la Dirección General de la AEAT, por la que se regula el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados. Y ello con la finalidad de poder realizar los distintos trámites y actuaciones en materia tributaria que precisen a través de Internet, debiendo hacer constar obligatoriamente la firma del sucesor o del representante legal de la persona carente de capacidad de obrar conforme a Derecho.

Es, concretamente, en el Capítulo II de la citada Resolución de 18 de enero de 2005 de la Dirección General de la AEAT donde se regula el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados. El principal objetivo de dicha regulación no es otro que permitir a los sucesores de las personas físicas fallecidas o de las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica extinguidas (así como a los representantes legales de las personas carentes de capacidad de obrar conforme a Derecho) la realización de determinados trámites o actuaciones cuya tramitación a través de Internet resulte obligatoria, debiendo figurar en la dirección electrónica de la Agencia ⁴⁶.

IV. LAS NOTIFICACIONES TRIBUTARIAS ELECTRÓNICAS

En la actualidad constituye una realidad irrefutable que, a través de la denominada Dirección Electrónica Única (DEU), cualquier persona física o jurídica que lo solicite tiene a su disposición una dirección electrónica que adquiere además un carácter único para la recepción de las notificaciones administrativas que por vía telemática pueda practicar la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Su solicitud es voluntaria y tiene carácter gratuito.

Con carácter adicional, y asociado a la citada DEU, su titular dispone de un buzón electrónico en el que puede recibir las notificaciones telemáticas correspondientes a aquellos procedimientos a los que voluntariamente decida suscribirse. Se trata de un servicio que, a nuestro juicio, cumple con las máximas garantías de confidencialidad, autenticidad y privacidad con el fin de asegurar la identidad de los participantes y de las comunicaciones.

Al objeto de poder utilizar este servicio, el interesado ha de disponer de un Certificado Digital estándar X.509 emitido a su nombre o al de la empresa que representa como, por ejemplo, el clase 2CA, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. La longitud de la clave de dicho Certificado Digital es de 1024/2048 bits para la firma con certificados digitales.

Con posterioridad debe completarse el formulario existente accediendo a la opción del Menú destinada a consultar las notificaciones telemáticas recibidas en su DEU. Para ello se requiere el acceso al buzón electrónico asociado a su DEU. Ahora bien, únicamente el titular de la DEU puede acceder a este buzón y al contenido de las notificaciones.

¿Y cuáles son los pasos que deben seguirse de cara a poder consultar las notificaciones telemáticas correspondientes a los procedimientos a los que se haya suscrito el interesado? Ante todo, y como ya se ha indicado, deberá acceder a su buzón electrónico desde la opción del Menú «Acceso a las notificaciones». Dentro del mismo encontrará todas las notificaciones recibidas clasificadas según el Organismo Público emisor de las mismas, pudiendo conocer el estado de cada una de ellas (ya se trate de una notificación nueva, leída o rechazada), así como la fecha electrónica de la puesta a disposición en su buzón.

⁴⁶ Concretamente, los trámites de realización obligatoria a través de Internet pueden consultarse en la página web de la Agencia Tributaria (www.aeat.es), dentro de la sección «Puede tramitar», apartado «Consulta de trámites de obligatorio cumplimiento a través de Internet».

Antes de consultar sus notificaciones el interesado podrá, en consecuencia, optar entre leerla y guardarla en su ordenador personal o rechazarla y devolverla al organismo emisor. En cualquier caso esta decisión debe enviarse validada con su firma electrónica y fechada electrónicamente al organismo emisor.

V. LA INTERPOSICIÓN DE RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS A TRAVÉS DE INTERNET

La tecnología actual permite asimismo interponer una reclamación económico-administrativa o un recurso contencioso-administrativo a través de Internet, pudiéndose incluso desarrollar telemáticamente todo el procedimiento hasta su resolución.

Las ventajas derivadas de la interposición de estas reclamaciones telemáticas contra las decisiones de la Administración de Hacienda son indudables. El obligado tributario, en lugar de acudir a Hacienda para presentar su escrito de reclamación, accede a su portal de Internet, a través del cual procede a tramitar aquélla con el consiguiente ahorro de tiempo y de dinero que ello origina, tanto para el administrado como para la propia Administración.

Ahora bien, a pesar del importante papel que pueden llegar a desempeñar las nuevas tecnologías en la resolución por la Administración de Hacienda de las reclamaciones económico-administrativas y por la Administración de Justicia de los recursos contencioso-administrativos presentados contra los actos de Hacienda, quizás sea en el ámbito de esta última (la Administración de Justicia) donde menos han llegado a proyectarse los avances tecnológicos. Precisamente por ello la implantación de las nuevas tecnologías en aquélla se presenta como una fórmula apropiada para agilizar su funcionamiento habitual.

Ya en su momento la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en su redacción originaria, dejó abierta la posibilidad de utilizar los medios electrónicos en el desarrollo de su actividad interna y externa, siempre y cuando se cumpliesen un conjunto de requisitos técnicos y legales de seguridad, compatibilidad, creación de un registro telemático, etc. Con posterioridad esta línea de actuación fue continuada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que se aludía igualmente a la presentación de escritos y documentos y a la realización de actos de notificación por medios electrónicos y telemáticos, exigiéndose asimismo la concurrencia de diversos requisitos de seguridad y voluntariedad ⁴⁷.

Por su parte, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, facultó a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda a la prestación de aquellos servicios técnicos, administrativos y de seguridad que fuesen solicitados, tanto por los órganos jurisdiccionales (al amparo de los procedimientos previstos en la LOPJ y en sus normas de desarrollo)

⁴⁷ Así, por ejemplo, los Ministerios de Justicia y de Ciencia y Tecnología alcanzaron en su día diversos acuerdos destinados a informatizar e interconectar a través de Internet los Juzgados y Tribunales, así como las Fiscalías, Colegios de Abogados, procuradores y demás operadores jurídicos que actúan en nuestro país. Esta interconexión de Juzgados y Tribunales posibilita, entre otras actuaciones, hacer instantáneas distintas tareas de comunicaciones.

como por las partes y demás intervinientes en el proceso de que se trate, de acuerdo con las reglas generales de postulación existentes al respecto y en relación con los actos de comunicación procesal susceptibles de practicarse a través de técnicas y medios electrónicos, telemáticos e informáticos.

Dentro del marco administrativo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla, con carácter general, la posibilidad de que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas se presenten en los registros, en las oficinas de correos, en los consulados y en las embajadas, precisando al respecto su artículo 45, ya citado, que «Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos y, cuando sea compatible, los ciudadanos podrán relacionarse con dichas Administraciones a través de dichos medios, con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento»⁴⁸. Dicho precepto fue objeto de desarrollo a través del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

Por lo que respecta al ámbito específico de la Administración tributaria, y sobre la base de lo anteriormente indicado, la utilización de la vía telemática en la presentación de recursos y otras solicitudes ha sido objeto de regulación mediante Resolución de la Dirección General de la AEAT de 11 de diciembre de 2001, extendiéndose su ámbito de aplicación al recurso de reposición, a la solicitud de ingresos indebidos y a la rectificación de errores materiales o aritméticos. En consecuencia, y de conformidad con lo previsto en la citada Resolución, pueden presentarse telemáticamente el recurso de reposición, las solicitudes de devolución de ingresos indebidos y de rectificación de declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones y las solicitudes de iniciación del procedimiento de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos.

Nótese que la citada Resolución se refiere únicamente al trámite de la presentación del recurso, siendo el único trámite adaptado el relativo a su presentación en un registro electrónico. Nada se dispone, sin embargo, en relación con el resto de los trámites del procedimiento de reclamación (caso, por ejemplo, de las notificaciones, del trámite de audiencia⁴⁹, de las pruebas solicitadas, de la resolución, etc.).

⁴⁸ Debe precisarse, no obstante, que el procedimiento administrativo se halla supeditado a la existencia de un conjunto de garantías mínimas que han de servir para asegurar la realidad de los contenidos, así como la autenticidad y conservación de los documentos, la fecha de su creación y presentación y la identidad de sus autores.

⁴⁹ En el caso específico de la audiencia de los interesados nos hallamos, como es sabido, ante un trámite habitual en cualquier procedimiento de reclamación que se lleve a cabo. Y dado que, incluso en aquellos supuestos en los que las partes actúan a través de representantes legales, la concurrencia a la audiencia suele ser personal (ya sea de las partes o de sus representantes), resulta difícil imaginar la realización de dicho trámite a través de la Red. A esta circunstancia se refiere ANGULO CASCÁN, A., *La Administración fiscal electrónica*, ob. cit., pág. 244, en los siguientes términos: «¿Cómo conciliar la ventaja de coste y tiempo que significa no tener que desplazarse a otro lugar con la necesidad de la concurrencia personal? Podría entenderse que no se exige la presencia física, sino la participación de las partes o de su representante a fin de tener la seguridad en que interviene la parte en el conflicto y que tiene poder de negociación. Así abriríamos la posibilidad de intervención por medio de instrumentos como el correo electrónico, el chat o la vídeo-conferencia. Sin embargo, una interpretación demasiado amplia podría llevarnos a considerar al fax como medio de intervención personal. Creemos que esta última opción no se podría aplicar, porque con el correo electrónico, vídeo-conferencia o chat puede apelarse a claves o a alguna forma de firma electrónica que permitan reconocer al interlocutor sin interrumpir el diálogo; sin embargo sabemos que su envío es rápido y se puede estampar una firma digital a fin de probar la autenticidad del texto y su veracidad. En cambio el fax, como un medio de transmisión analógico, presenta deficiencias, como su poca claridad, que no siempre es manuscrito (para poder reconocer al autor por la caligrafía) o que muestre en todos los casos el remitente correcto».

Por su parte, la Resolución de 19 de octubre de 2005, de la Dirección General de la AEAT, por la que se extiende la colaboración social a la presentación por vía telemática del recurso de reposición y se aprueba el documento normalizado para acreditar la representación para su presentación por vía telemática en nombre de terceros, amplió el marco de actuación de la colaboración social en la aplicación de los tributos, estableciendo los supuestos y condiciones en que las personas y entidades incluidas en el ámbito de la colaboración social pueden presentar, por medios telemáticos y en representación de terceros, recursos de reposición contra los actos dictados por la AEAT susceptibles de reclamación económico-administrativa.

¿Quiénes se hallan facultados para llevar a cabo estas presentaciones? Además del sujeto pasivo o, en su caso, del responsable tributario, cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto administrativo de gestión o el representante de cualquiera de los anteriores.

En este último caso, es decir, tratándose de actuaciones llevadas a cabo por los representantes, conviene tener presente lo ya señalado en relación con la Resolución de 20 de junio de 2007, de la Dirección General de la AEAT, por la que se modifica la de 18 de enero de 2005, que regula el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados, para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria por Internet⁵⁰.

Como ya hemos analizado, a través de la citada Resolución se modifica la inmediatamente anterior, con fecha de 18 de enero de 2005, permitiendo que quienes quieran actuar a través de representante por Internet puedan optar por el modelo inicialmente establecido, delimitando la extensión del poder que otorgan mediante la elección singular de cada uno de los trámites a los que quieren que se extienda, o por el que, a través de esta Resolución, se habilita, permitiendo otorgar poder a tercero con carácter general y, en concreto, para todos aquellos trámites que, de conformidad con la normativa vigente, exigen su acreditación mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante comparecencia ante el órgano administrativo competente. Y, en el supuesto de que se optase por esta segunda posibilidad, la extensión del apoderamiento a nuevos trámites cuya realización por Internet se vaya habilitando sucesivamente no exigiría el otorgamiento de nuevos poderes de manera que, una vez otorgado el referido poder para todos los trámites que requieran mención expresa (como sucede con los del art. 46.2 de la LGT), la consulta de datos personales y la recepción de notificaciones se extendería a la realización de todos los trámites cuya rea-

⁵⁰ Ya en su día, con la finalidad de paliar las dificultades de acreditar la representación con que actúa quien lo hace a través de Internet e impulsar la actuación ante la Administración Pública en representación de terceros por vía telemática, la Resolución de 16 de febrero de 2004, de la Dirección General de la AEAT creó un registro de apoderamientos basado en una aplicación informática que permite inscribir los poderes otorgados por los ciudadanos y empresas para la realización de determinados trámites y actuaciones que, en materia tributaria, pueden realizarse por Internet a través de la página web de la Agencia Tributaria. Posteriormente, dicha Resolución fue modificada por la de 18 de enero de 2005, que introdujo una serie de modificaciones de mejora y amplió el ámbito del registro de apoderamientos, aumentando los instrumentos que ofrece la Administración tributaria a los administrados para su actuación a través de Internet. Ambas Resoluciones establecieron un sistema de apoderamiento especial con mención expresa de cada trámite concreto al que el poderdante desee que se extienda el apoderamiento, de entre los habilitados para ser realizados por Internet. Este sistema implica que, cuando progresivamente se vayan habilitando nuevos trámites para su realización a través de Internet, quienes quieran extender el apoderamiento otorgado a tales trámites tienen que otorgar sucesivos nuevos apoderamientos. Y ello fue precisamente lo que motivó que se demandase la posibilidad de otorgar un apoderamiento que pudiera extenderse a la totalidad de los trámites cuya realización por Internet se fuese habilitando.

lización por Internet estuviese habilitada o se habilitase en el futuro, salvo aquellos que se excluyeran expresamente al incorporarse al catálogo de trámites para los que se puede apoderar ⁵¹.

Volviendo al objeto de nuestro estudio, varios son los aspectos que caracterizan el procedimiento de presentación telemática de estos recursos. Ante todo el solicitante o, en su defecto, su representante, ha de ponerse en comunicación con la Agencia Tributaria a través de su página web, seleccionando la opción «Recursos y Reclamaciones» ⁵². Acto seguido debe seleccionarse el tipo de solicitud que se desee presentar, no siendo obligatoria la calificación ⁵³. Y, a continuación, se selecciona el tipo de acto o la actuación entre los que se muestren en función del tipo de solicitud seleccionada ⁵⁴.

En todos aquellos casos en los que se desee aportar documentación anexa a la solicitud, el interesado o su representante puede realizarlo en cualquiera de los registros a los que se refiere la normativa administrativa. No obstante, debe hacerse mención en dicha documentación del código electrónico de validación devuelto por la Agencia Tributaria.

Una vez introducidos el conjunto de datos que correspondan, y habiendo sido éstos validados por la aplicación informática, se muestra el escrito de presentación de la solicitud. Si no fuere así deben indicarse los errores en los que el interesado ha incurrido, en aras de que éste o su representante puedan proceder a su subsanación.

El siguiente paso consiste en seleccionar un certificado de usuario X.509.V3 expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, que habrá de estar previamente instalado en el ordenador para poder así generar la firma digital. En efecto, tanto el interesado solicitante como, en su caso, su representante, han de disponer de un Número de Identificación Fiscal (NIF); pero, además, quien presente el recurso o la solicitud deberá tener instalado en su navegador

⁵¹ De cualquier manera la extensión del apoderamiento a los mismos requerirá que se haga referencia expresa a ellos. Éste es el caso de la consulta de datos personales y de la recepción de notificaciones. Respecto de ellos no existe regulación positiva sobre la forma de acreditar la representación, si bien no son actos de mero trámite, pudiendo concluirse la necesidad de que la representación se acredite, en ambos casos, por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante comparecencia ante el órgano administrativo competente, debiendo constar de forma expresa. Ciertamente, en la actualidad el otorgamiento de un apoderamiento que se extienda a la totalidad de los trámites del artículo 46.2 de la LGT, así como a la consulta de datos personales y a la recepción de notificaciones, permitiría al representante realizar la totalidad de los trámites habilitados para su realización por Internet. No obstante, puede llegar a darse el caso de que se habilite para su realización por Internet y se incorpore al catálogo de trámites para los que se permite apoderar alguno que, no estando comprendido en ninguno de los previstos en el citado artículo 46.2 ni en la consulta de datos personales o en la recepción de notificaciones, la extensión del poder a la realización de tal trámite requiera mención expresa. En este último caso, una vez que se produzca la incorporación del mismo al catálogo de trámites, habría de hacerse constar esta circunstancia en la página web de la Agencia en la que se publique la habilitación, de forma que quienes quieran extender el apoderamiento a ese trámite deban mencionarlo expresamente en el documento de apoderamiento.

⁵² A continuación debe procederse a seleccionar la opción «Recursos de reposición y otras solicitudes/Presentación de solicitudes», dentro de la cual constan una serie de instrucciones generales destinadas a la cumplimentación de la solicitud.

⁵³ Dependiendo de la opción que se elija habrán de cumplimentarse los datos incluidos en el formulario que aparecerá en la pantalla del ordenador, pudiendo incorporarse las alegaciones a través de la recuperación de un fichero en formato HTML o bien creándolo en el mismo instante de la interposición. Las opciones existentes son: «recurso de reposición»; «solicitud de devolución de ingresos indebidos»; «rectificación de autoliquidaciones»; «procedimiento de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos» y «otras solicitudes sin calificar».

⁵⁴ Las opciones existentes en esta fase, atendiendo al tipo de solicitud seleccionada, son: «liquidaciones provisionales»; «liquidaciones derivadas de actas»; «sanciones tributarias»; «recargo fuera de plazo»; «liquidaciones de intereses»; «providencia de apremio»; «otras liquidaciones practicadas por la Administración»; y «autoliquidaciones».

el referido certificado de usuario expedido al amparo de la normativa tributaria, procediéndose posteriormente a transmitir a la Agencia Tributaria el escrito de presentación de la solicitud con la firma digital. Siendo el solicitante persona física, el certificado de usuario requerido es el certificado del propio solicitante o el de su representante voluntario; y, tratándose de una persona jurídica, se requiere certificado expedido a su nombre o el de otros representantes voluntarios ⁵⁵.

Siendo la solicitud aceptada, la Agencia devolverá en pantalla al solicitante el escrito de presentación de la solicitud validado con el correspondiente código electrónico de 16 caracteres, haciendo constar igualmente la fecha y hora de presentación ⁵⁶.

Finalmente, el solicitante o, en su caso, su representante, deberá proceder a imprimir y conservar el escrito de presentación de la solicitud una vez aceptado y validado con el correspondiente código electrónico ⁵⁷.

En todo caso, los plazos de los que se dispone para presentar estos recursos son los mismos que los que se aplican cuando el recurso en cuestión es presentado en papel por correo tradicional.

Por otra parte, conviene precisar que todos los documentos electrónicos enviados a la Agencia Tributaria han de registrarse, dejándose constancia en cada uno de los asientos que se practiquen, al menos, de los siguientes datos: número de registro; epígrafe expresivo de la naturaleza del documento; fecha y hora de su presentación; identificación del interesado y, en su caso, de su representante; e identificación del órgano al que se dirija el documento electrónico de que se trate ⁵⁸.

Recientemente ha sido dictada la Orden EHA/2784/2009, de 8 de octubre, por la que se regula la interposición telemática de las reclamaciones económico-administrativas y se desarrolla parcialmente la disposición adicional decimosexta de la LGT sobre utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las reclamaciones económico-administrativas, en virtud de la cual se autorizó la utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en las reclamaciones económico-administrativas, incluyendo diversas especificaciones y disponiendo en su apartado cuarto que el Ministro de Hacienda regulará los aspectos necesarios para la implantación de estas medidas y creará los registros telemáticos que procedan. Téngase presente además que la disposición adicional tercera del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General

⁵⁵ ¿Cabe la posibilidad de que un contribuyente sin certificado de usuario pueda nombrar a otro que sí lo tenga como representante voluntario? Parece claro que sí, siendo esto lo que sucede en el caso de los asesores fiscales que actúan como representantes de sus clientes.

⁵⁶ En el hipotético caso de que la solicitud hubiese sido presentada a través de representante voluntario, tanto en el ámbito de las personas físicas como jurídicas, la aplicación debe hacer constar, mediante un mensaje, la necesidad de que en el plazo de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud se acredite la representación a favor de aquél. Y, no atendiéndose dicho mensaje, se efectuarían los requerimientos que procediesen por los cauces ordinarios. Por otra parte, también cabe la posibilidad de acreditar a través de Internet el otorgamiento, aceptación y revocación de la representación en la tramitación de recursos.

⁵⁷ La consulta de la presentación realizada puede efectuarse en este caso seleccionando el certificado de usuario correspondiente a través de la opción «Consulta de Presentación de Solicitudes». Esta opción permite, además, obtener de nuevo el escrito de presentación tal y como se mostró cuando fue presentada la solicitud. Así las cosas, en caso de pérdida del documento cabría la posibilidad de volver a obtenerlo acudiendo a la citada opción.

⁵⁸ Una vez registrados dichos documentos, los mismos son cursados sin dilación a los órganos administrativos competentes a través de medios informáticos.

de Revisión en Vía Administrativa prevé la posibilidad de que la remisión de los expedientes administrativos previstos en el citado Reglamento se efectúe mediante la puesta a disposición del expediente electrónico. Y, como hemos tenido oportunidad de manifestar a lo largo del presente trabajo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, promueve la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos por la Administración Pública, estableciendo un marco de actuación con unos plazos de adaptación.

Al amparo de dicho marco a través de la citada Orden EHA/2784/2009, de 8 de octubre, se inicia un proceso de adaptación progresiva de la tramitación de las reclamaciones económico-administrativas a la utilización de medios electrónicos y telemáticos destinado a facilitar la actuación de los ciudadanos y a mejorar la operatividad de las Administraciones intervinientes. En este sentido, se trata de una Orden con un carácter transitorio (teniendo en cuenta lo dispuesto en la citada Ley 11/2007) y de carácter parcial, ya que sólo se aplica a la interposición telemática de las reclamaciones e incidentes de ejecución, a la consulta del estado de tramitación y a la remisión del expediente administrativo del acto reclamado en vía económico-administrativa, para el que se utiliza la denominación «expediente de origen», que permite diferenciarlo claramente del posterior expediente de la reclamación económico-administrativa.

VI. EL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Dentro del marco de la asistencia prestada a los obligados tributarios por vía electrónica se encuadra, asimismo, la creación del Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda mediante Orden EHA/693/2008, de 10 de marzo.

Dicha Orden fue dictada, en primer lugar, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, como ya hemos venido reiterando a lo largo del presente trabajo, declara que las Administraciones Públicas han de impulsar el empleo y la aplicación de técnicas y medios telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, posibilitándose de igual forma que los ciudadanos, siempre y cuando ello resulte compatible con los medios técnicos disponibles, puedan relacionarse con aquéllas a través de técnicas y medios electrónicos e informáticos, atendiendo a los requisitos y garantías previstos en cada procedimiento.

Como seguramente se recordará el artículo 38 de la citada Ley, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, habilitó la creación de registros telemáticos que facilitaran e impulsasen las comunicaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Por su parte, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, encargado de regular la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, abordó el desarrollo del citado artículo 45 de la Ley 30/1992 con la finalidad de delimitar en el ámbito de la Administración General del Estado las garantías, requisitos y supuestos de utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas ⁵⁹.

⁵⁹ En particular, su artículo 4 admite su utilización en la iniciación, tramitación y terminación de los procedimientos administrativos, disponiendo además sus artículos 5 y 9 que los programas y aplicaciones que efectúen tratamiento de información cuyo resultado sea utilizado para el ejercicio por los órganos y entidades del ámbito de la Administración

Y, de manera más específica, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se reguló la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, así como la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, admitió expresamente la presentación de solicitudes, escritos, documentos y comunicaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

Como ya indicamos al comienzo del presente trabajo, mediante Resolución de 23 de julio de 2002, de la Presidencia de la Agencia, posteriormente derogada a través de Resolución de 3 de junio de 2005, se procedió a crear el Registro Telemático General para la presentación de documentos electrónicos relativos a procedimientos y trámites administrativos de competencia de la Agencia. Posteriormente, el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, incorporó un Capítulo VI al citado Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, al objeto de regular los registros telemáticos y establecer el contenido mínimo de las disposiciones de creación de los mismos. Y, en esta misma línea, el artículo 4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, estableció el uso de la misma en el seno de las Administraciones Públicas, de sus Organismos Públicos y de las entidades dependientes o vinculadas a las mismas, siempre dentro de las relaciones que mantuviesen aquéllas y éstos entre sí o con los particulares.

Pues bien, al hilo de dicho contexto normativo fue la Orden EHA/3636/2005, de 11 de noviembre, la encargada de crear un registro telemático del Ministerio de Economía y Hacienda, que es precisamente el que ha servido de soporte para la presentación de las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos al mismo por medios telemáticos. Dicha Orden se encargó de dar el soporte necesario para la transmisión de información entre las empresas en ella reguladas y la Administración, haciéndose referencia concreta en su Anexo a los procedimientos de envío de la información estadístico-contable⁶⁰. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que contienen una nueva regulación de los registros electrónicos, pudiendo convertirse éstos en un instrumento liberado de la rigidez actual y destinado a la presentación de cualquier escrito o solicitud ante las Administraciones Públicas.

Ciertamente, la propia Ley 11/2007, de 22 de junio, preveía ya, en su disposición transitoria única, la transformación automática de los anteriores registros telemáticos en registros electrónicos. Sin embargo, en aras de una mejor aplicación de las previsiones contenidas en la misma y con la finalidad de tratar de incorporar la experiencia más reciente existente para la mejora de los servicios prestados a los ciudadanos y de la seguridad en las relaciones telemáticas con éstos, se optó por acometer una nueva regulación del Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda que, a nuestro juicio, ha de contribuir a reforzar la labor de asistencia que la Administración ha de prestar a los obligados tributarios.

General del Estado de las potestades que tiene atribuidas, ha de ser objeto de aprobación y difusión pública mediante resolución del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia para resolver el procedimiento.

⁶⁰ Esta Orden EHA/3636/2005, de 11 de noviembre, por la que se creó el registro telemático del Ministerio de Economía y Hacienda, fue posteriormente objeto de modificación por la Orden EHA/1805/2007, de 28 de mayo, por la que se establecen obligaciones en cuanto a la remisión telemática de la documentación estadístico-contable de las entidades aseguradoras, las entidades gestoras de fondos de pensiones, y los corredores de seguros y reaseguros.

LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6.3 DE LA LOFCA EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto:

EN este momento se encuentra en curso la tramitación parlamentaria de los Proyectos de Ley de modificación de la LOFCA y de regulación del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, como consecuencia del Acuerdo alcanzado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el pasado 15 de julio de 2009 sobre la reforma del Sistema de Financiación.

Entre los objetivos de la reforma se encuentra la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA, en el sentido de ampliar el alcance de las facultades normativas de las Comunidades Autónomas de creación de sus tributos propios, a través de la reproducción de la fórmula de prohibición de duplicidad de hechos imposables, que, de esta manera, se configura como el mismo límite de actuación respecto de las competencias tributarias estatal y local.

El trabajo analiza esta novedad legislativa en el contexto de la vigente realidad de la imposición propia autonómica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en aplicación del precepto y de las interpretaciones que del mismo se han realizado en la literatura científica, al mismo tiempo que reflexiona sobre los motivos que han llevado a afrontar esta modificación en el marco de la reforma del Sistema de Financiación.

Palabras clave: financiación autonómica, impuestos propios de las Comunidades Autónomas, autonomía financiera y corresponsabilidad fiscal.

Sumario

- I. La reforma del artículo 6.3 de la LOFCA y su incidencia en la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas.
 - 1. El Acuerdo 6/2009 del Consejo de Política Fiscal y Financiera y el Proyecto de Ley de modificación de la LOFCA.
 - 2. Los impuestos creados por las Comunidades Autónomas y su capacidad recaudatoria.
 - 3. La imposición propia en el marco constitucional.
- II. Los impuestos autonómicos creados y la interpretación jurisprudencial del artículo 6.3.
 - 1. Los impuestos autonómicos y su confluencia con el artículo 6.3.
 - 2. La doctrina del Tribunal Constitucional y su delimitación del ámbito del artículo 6.3.
- III. La modificación del artículo 6.3 y la función de los impuestos propios en el marco de la autonomía política de las Comunidades Autónomas.

I. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 6.3 DE LA LOFCA Y SU INCIDENCIA EN LA CREACIÓN DE TRIBUTOS PROPIOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. El Acuerdo 6/2009 del Consejo de Política Fiscal y Financiera y el Proyecto de Ley de modificación de la LOFCA.

Después de un largo proceso que se inició con el debate de la reforma de algunos Estatutos de Autonomía pero que se formalizó con la presentación por el Gobierno el 20 de mayo de 2008 de unas líneas generales para la reforma del sistema de financiación ¹, se alcanzó en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el Acuerdo 6/2009, de 15 de julio de 2009, para la reforma del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Para implementar este acuerdo se están tramitando en las Cortes en este momento el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOFCA y el Proyecto de Ley de regulación del nuevo Sistema de Financiación ².

¹ Fue el Ministro de Economía y Hacienda el que presentó en esa fecha ante el Pleno del Consejo de Política Fiscal y Financiera los principios y procedimientos para la reforma, que dieron lugar, tras una ronda de contactos bilaterales entre el Gobierno y los representantes autonómicos, a la exposición por el Gobierno el 22 de julio de 2008 de un texto de Bases para la Reforma del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común (Véase Anexo XIII de la Memoria de Actuaciones del 2008 del Consejo de Política Fiscal y Financiera). Éste fue el documento que sirvió para continuar las negociaciones que culminaron el 30 de diciembre con una propuesta base para un acuerdo remitida por el Gobierno a las Comunidades Autónomas (Anexo XV de la Memoria de Actuaciones 2008). Posteriormente, se perfilaron algunos de sus aspectos con una última ronda de contactos con los Gobiernos autonómicos, lo que dio lugar al Acuerdo de 15 de julio de 2009.

Ya desde el primer momento el entonces Vicepresidente Segundo dejó claros los objetivos de la reforma «el primer principio es garantizar que todos los ciudadanos, con independencia de su lugar de residencia, tengan igual acceso a los servicios públicos fundamentales; el segundo principio es garantizar que todas las Comunidades Autónomas puedan financiar sus competencias; el tercero es la necesidad de introducir correcciones en el sistema actual que tengan en cuenta la evolución de la población y otras variables que benefician a las Comunidades Autónomas menos dinámicas; el cuarto es estar dispuestos a aumentar la cesión de impuestos; el quinto es *potenciar la corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas permitiendo espacios fiscales propios que posibiliten las decisiones de mayor gasto que una Comunidad pueda adoptar*; el sexto es asegurar la suficiencia financiera del Estado, de acuerdo con el peso de sus competencias, que en el momento actual supondría al menos el 50% del gasto público incluyendo la Seguridad Social, y un 17 ó 18 por ciento sólo el Estado; y que la última idea es asegurar la unidad de mercado reservándose en exclusiva la Administración General del Estado los recursos provenientes del Impuesto sobre Sociedades» (sesión plenaria 67 del Consejo de Política Fiscal y Financiera).

² Una vez aprobadas las Leyes –que se pretende que surtan efectos desde el 1 de enero de 2009, aunque se producirá una aplicación gradual de los cambios–, habrán de convocarse las correspondientes Comisiones Mixtas paritarias Estado-Comunidad Autónoma para fijar el valor inicial del nuevo Fondo de Suficiencia Global de cada ente autonómico. Los Proyectos de Ley han sido publicados en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de septiembre de 2009.

Si bien los tributos propios no son recursos que formen parte del sistema de financiación, se ha aprovechado la oportunidad para incluir en el acuerdo la reforma del polémico artículo 6.3 de la LOFCA. Las razones que se arguyen son, por una parte, de salvaguarda de la seguridad jurídica, ya que, como se sabe, su interpretación ha dado lugar a conflictos que se han ventilado ante el Tribunal Constitucional, y, por otro lado, al interés en «ampliar el espacio fiscal» de las Comunidades Autónomas y delimitarlo en relación con el que corresponde a los tributos locales ³.

Pues bien, la modificación se opera en el primer inciso del artículo 6.3, que quedaría redactado del siguiente tenor: «Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales».

Se procede, por tanto, a equiparar los términos de la prohibición de doble imposición que se impone a los entes autonómicos, entre otros límites, para establecer sus propios tributos, de modo que con esta modificación la incompatibilidad se produciría respecto de hechos impositivos gravados tanto por el Estado como por las Corporaciones Locales, quedando relegado, por tanto, el discutido concepto de materia imponible que constituía la delimitación respecto de los tributos locales. Se resuelve así la presión ejercida en este sentido por un amplio sector doctrinal, al compás de discutidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional adoptados en aplicación de la norma aún vigente a los impuestos creados por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su poder tributario.

Como ya se ha indicado, se pretende con ello no sólo clarificar el alcance de la prohibición, sino también ampliar las posibilidades de financiación de los entes autonómicos, como una de las expresiones del principio de corresponsabilidad fiscal. Consecuentemente, se produce al propio tiempo un refuerzo de su autonomía financiera y se garantiza en mejor medida, a través de unos ingresos que quedan al margen del sistema de financiación ⁴, la suficiencia de los recursos autonómicos. Obviamente, la virtualidad de los principios mencionados no sólo debe alumbrar la formulación de los sistemas de financiación, sino que debe ser el marco en el que se desenvuelve la totalidad de la actividad financiera regional.

La inclusión de esta modificación en el contexto de la reforma del Sistema de Financiación –actualmente en trámite en el Congreso de los Diputados– brinda la posibilidad de volver a reflexionar sobre los beneficios que el recurso a la imposición propia puede proporcionar a las Comunidades Autónomas. Gran parte de la doctrina ha hecho bascular la razón de la escasa virtualidad de esta fuente de ingresos

³ Véase pág. 57 del Acuerdo 6/2009 y la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOFCA.

⁴ Los recursos que proporciona el actual Sistema de Financiación son los siguientes: las tasas afectas a los servicios transferidos; la recaudación de los tributos total y parcialmente cedidos; la tarifa autonómica del IRPF; y el Fondo de Suficiencia. En la reforma actualmente en tramitación se incorporan a este bloque de ingresos recursos adicionales que proporciona el Estado a través del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales –como garantía de igual financiación de los servicios públicos fundamentales para todos los ciudadanos con independencia de la Comunidad en que residan– y de dos Fondos de Convergencia Autonómica: el Fondo de Competitividad (cuyo objetivo es reforzar la equidad y la eficiencia para la convergencia autonómica en financiación per cápita, sobre la base de la capacidad y el ejercicio de competencias normativas de las Comunidades Autónomas) y el Fondo de Cooperación (del que se beneficiarán las Comunidades de menor renta y las que registren una dinámica poblacional especialmente negativa).

en el límite establecido en el artículo 6.3 de la LOFCA, hasta el punto de que, mientras algunos autores postulaban la necesidad de su modificación, otros procedían a su reinterpretación en términos tales que permitieran la ampliación del espacio fiscal autonómico. Pero, asimismo, con fundamento en la dificultad de allegar recursos a través de esta vía y/o de su idoneidad para traducir los principios constitucionales o de evitar la supuesta colisión con algunos de ellos (singularmente se mencionan a este respecto los principios de solidaridad y de coordinación), alguna literatura científica ha defendido la relegación de esta fuente de financiación a favor de soluciones alternativas como la ampliación de la capacidad normativa de los impuestos cedidos, o la conversión de impuestos cedidos en impuestos propios, o la posibilidad de recurrir en mayor medida a los recargos sobre impuestos estatales ⁵.

Para retomar esta problemática y extraer conclusiones sobre los cambios que puede conllevar en el marco de la realidad autonómica actual la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA, es necesario disponer previamente de algunos elementos de juicio, a cuya provisión se atiende a continuación.

2. Los impuestos creados por las Comunidades Autónomas y su capacidad recaudatoria.

Desde el año 1981 prácticamente todas las Comunidades Autónomas de Régimen Común ⁶ han ido explorando paulatinamente el territorio de la imposición propia. Si en la década de los ochenta y en la de los noventa predominaron los impuestos sobre el juego, sobre las tierras infrautilizadas y los impuestos hidráulicos, la década actual se caracteriza por la implantación de impuestos sobre contaminación atmosférica o terrestre y por algunos intentos aislados o minoritarios de gravar materias impondibles novedosas como las grandes superficies comerciales, determinado tipo de instalaciones contaminantes, ciertas actividades de riesgo, los fondos obtenidos por entidades bancarias, el aprovechamiento cinegético de terrenos, el alojamiento turístico o los vehículos de alquiler. Hace pocos meses, en el caso más reciente, la Comunidad Autónoma de Galicia ha decidido gravar la utilización industrial de embalses. Además, se han ido reduciendo de forma gradual los impuestos sobre el juego del bingo ⁷.

⁵ De entre el nutrido grupo de contribuciones doctrinales existente sobre las cuestiones atinentes a la financiación autonómica, incluimos la referencia a las que han tratado *in extenso* la problemática de la imposición propia: ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «Tributos propios y recargos de las Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, n.ºs 232/233, 1992/1993; JIMÉNEZ COMPAIRED, I.: *La imposición propia de las Comunidades Autónomas*, BOE, Madrid, 1994; ALONSO GONZÁLEZ, L.: *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1995; ADAME MARTÍNEZ, F.D.: *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 1996; LAGO MONTERO, J.M.: *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, Pamplona, 2000; PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M./ CAÑAL, F.: «La problemática de los tributos propios y cedidos. Evolución hacia los tributos compartidos», *Estudios del sistema de financiación autonómica*, Edersa, Madrid, 2002; CHECA GONZÁLEZ, C.: *Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*, Aranzadi, Pamplona, 2002; ALONSO GONZÁLEZ, L.: *Análisis crítico de los impuestos autonómicos actuales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2004; CALVO VÉRGEZ, J.: *Financiación autonómica: problemas constitucionales y legales*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005; y CHECA GONZÁLEZ, C.: *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común en materia de Impuestos propios y cedidos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

⁶ Con la única excepción de la de Castilla y León.

⁷ Los impuestos autonómicos vigentes en este momento son los siguientes: en Andalucía, el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas; el Impuesto sobre Emisión de Gases a la Atmósfera; el Impuesto sobre Vertidos a las Aguas Litorales; el Impuesto sobre Depósito de Residuos Radioactivos; y el Impuesto sobre Depósito de Residuos Peligrosos. En Aragón, el Canon

No obstante, hay grandes diferencias en cuanto a las decisiones adoptadas en este ámbito por los poderes autonómicos. Así como en algunos casos se ha legislado ampliamente y existe un número considerable y variado de figuras impositivas creadas –se encuentren actualmente vigentes o no–, en otros es llamativa la parquedad de las iniciativas llevadas a cabo. Se encuentran entre las primeras las Comunidades Autónomas de Extremadura, Cataluña o las Islas Baleares (si bien esta última ha visto cómo varios de los impuestos creados han sido declarados inconstitucionales o han tenido que ser derogados)⁸. En el otro extremo, la Comunidad de Castilla y León carece de tributos propios y las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Comunidad Valenciana y Canarias han ejercido escasamente esta facultad (sólo para establecer un canon de saneamiento o de vertido). Es cierto que en ocasiones ha influido en este retraimiento el hecho de la existencia de dudas de constitucionalidad sobre algunos de los impuestos aprobados en otras Comunidades Autónomas, resueltas o no por el Tribunal Constitucional. Pero también es posible detectar que sólo algunas han sido en cada ocasión las impulsoras de corrientes impositivas después seguidas en muchos casos por una amplia representación de los entes autonómicos.

Hay que precisar que no necesariamente las Comunidades que se han mostrado más responsables han conseguido los mayores importes de recaudación por este concepto, ya que hay que considerar otros factores singulares como determinados datos socioeconómicos con incidencia en algunos hechos impositivos o el dato de que el perfil marcadamente extrafiscal de algunas figuras ha restado efectividad recaudatoria.

de Saneamiento de Aguas; el Impuesto sobre el Daño Medioambiental causado por la emisión de gases contaminantes a la atmósfera; el Impuesto sobre el Daño Medioambiental causado por las instalaciones de transporte por cable; y el Impuesto sobre el Daño Medioambiental causado por las Grandes Áreas de Venta. En el Principado de Asturias, el Impuesto sobre Fincas o Explotaciones Agrarias Infrutilizadas; el Impuesto sobre el Juego del Bingo; el Canon de Saneamiento; y el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. En Canarias, el Impuesto Especial sobre Combustibles Derivados del Petróleo; y el Canon de vertido. En Cantabria, el Canon de Saneamiento. En Castilla-La Mancha, el Impuesto sobre determinadas Actividades que inciden en el Medio Ambiente. En Cataluña, el Canon del Agua; el Gravamen de Protección Civil; el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales; el Canon sobre la Disposición Controlada de Residuos Municipales; el Canon sobre la Incineración de Residuos Municipales; y el Canon sobre la Disposición Controlada de Residuos de la Construcción. En Extremadura, el Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos; el Impuesto sobre Instalaciones que Incidan en el Medio Ambiente; el Impuesto sobre el Suelo sin edificar y Edificaciones Ruinosas; y el Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito. En Galicia, el Impuesto sobre el Juego del Bingo; el Canon de Saneamiento; el Impuesto sobre Contaminación Atmosférica y el Impuesto sobre el Daño Medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada. En las Islas Baleares, el Impuesto sobre los Premios del Juego del Bingo; y el Canon de Saneamiento de Aguas. En La Rioja, el Canon de Saneamiento. En la Comunidad de Madrid, la Tarifa de Depuración de Aguas Residuales; el Impuesto sobre Depósito de Residuos; y el Impuesto sobre la Instalación de Máquinas en Establecimientos de Hostelería Autorizados. En la Región de Murcia, el Impuesto sobre los Premios del Juego del Bingo; el Canon de Saneamiento; el Impuesto sobre Vertidos a las Aguas Litorales; el Impuesto por Emisiones de Gases Contaminantes a la Atmósfera; y el Impuesto sobre el Almacenamiento o Depósito de Residuos en la Región de Murcia. Por último, en la Comunidad Valenciana, el Canon de Saneamiento.

Algunas Comunidades Autónomas aprobaron recargos sobre las cuotas mínimas del Impuesto sobre Actividades Económicas (Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Comunidad de Madrid y Región de Murcia) y la Comunidad Valenciana tiene un recargo sobre la Tasa que grava los juegos de suerte, envite o azar en casinos.

⁸ El Impuesto sobre las Loterías fue declarado inconstitucional por la sentencia 49/1995, de 16 de febrero y el Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente por la sentencia 289/2000, de 30 de noviembre. Además, la Ley autonómica 7/2003, de 22 de octubre, derogó el Impuesto sobre las Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento, sobre el que el Gobierno había promovido el recurso de inconstitucionalidad 4407/2001 (del que el Tribunal Constitucional lo tuvo por desistido a través del Auto 43/2004), de 10 de febrero; así como la Ley 25/2006, de 27 de diciembre, derogó el Impuesto sobre la Circulación de Vehículos de Arrendamiento sin Conductor, que había sido creado por la Ley 13/2005, de 27 de diciembre.

Por otra parte, hay impuestos propios con una gran capacidad para generar recursos económicos, como los cánones de saneamiento o, en las Comunidades en que aún están vigentes, los impuestos sobre el bingo (la percepción de ingresos por estos conceptos tiene lógicamente una muy desigual incidencia territorial). Asimismo, la aptitud recaudatoria del Impuesto Especial sobre Combustibles Derivados del Petróleo de Canarias coloca a esta Comunidad, a pesar de encontrarse entre las que menos ha utilizado la figura de los tributos propios, entre las más financiadas por este capítulo. Pero si dejamos al margen estas figuras que pueden crear distorsiones a los efectos que nos proponemos, las Administraciones que en los últimos años han obtenido más recursos procedentes de los impuestos propios han sido las de Cataluña, Extremadura, Galicia, Andalucía, la Comunidad de Madrid y, muy recientemente, Aragón ⁹.

En todo caso, y según los datos más recientes, los tributos propios y los recargos sobre impuestos estatales y locales constituyen tan sólo el 0,5% de la financiación total obtenida por las Comunidades Autónomas, si bien hay que tener en cuenta que aproximadamente el 75% de ella se obtiene a través de las transferencias procedentes del Sistema de Financiación (en el capítulo de la financiación incondicionada) y un 6,3% de fondos europeos (el mayor volumen entre la financiación condicionada ¹⁰).

Si bien es cierto que este dato viene explicado en parte por los límites constitucionales que deben respetar los entes autonómicos cuando legislan sobre tributos propios, particularmente el artículo 6.3 de la LOFCA, de la exposición anterior puede deducirse también el notable impacto que el variable ejercicio de su autonomía financiera puede implicar respecto del escenario actual. Por lo tanto, no hay que hurtar del conocimiento de la realidad autonómica el importante influjo que el desarrollo de las distintas políticas fiscales tiene sobre la aptitud recaudatoria de los impuestos propios ni hacer pesar la completa responsabilidad de este hecho sobre las restricciones impuestas por el precepto ahora en curso de modificación.

3. La imposición propia en el marco constitucional.

En la actualidad es casi ocioso recordar que, en el marco de nuestro modelo de organización territorial del Estado, el reconocimiento constitucional de la autonomía de las Comunidades Autónomas para gestión de sus intereses, conlleva la atribución de un conjunto de recursos económicos para el desarrollo y ejecución de sus competencias (arts. 137, 156.1 y 157.1). Entre ellos, se encuentran «sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales» [arts. 157.1 b) de la Constitución y 4.1 b) de la LOFCA].

La autonomía financiera autonómica, que, después de una extensa y prolífica jurisprudencia constitucional ¹¹, se identifica con la propia determinación y ordenación de los ingresos y gastos, con

⁹ Véanse los Informes «Las Haciendas Autonómicas en cifras» 2005 y 2006 de la Secretaría General de Financiación Territorial del Ministerio de Economía y Hacienda (www.meh.es).

¹⁰ Véase el «Informe económico-financiero de las Administraciones territoriales 2006» elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas (www.map.es). En los años 2001 a 2003 los tributos propios suponían el 4% del total de los recursos autonómicos; en el año 2004, el 2% (informe «Problemática del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común regulado en la Ley Orgánica 8/1980 y en la Ley 21/2001» en www.aeat.es).

¹¹ «La autonomía financiera, como instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política, implica tanto la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos como su aptitud para acceder a un sistema adecuado –en términos de suficiencia– de ingresos... La autonomía financiera de los entes territoriales va,

la capacidad de decisión sobre la composición y la cuantía de los mismos, se circunscribe al ámbito competencial de estos entes. Ello ha implicado que en las primeras etapas de desarrollo del modelo territorial, en que las Comunidades Autónomas comenzaban el proceso de asunción de competencias, el volumen de recursos que se garantizaba era muy limitado y giraba en torno a transferencias estatales. Sólo cuando el volumen de los traspasos competenciales empezó a adquirir entidad y consiguientemente las necesidades de gasto se incrementaron sustancialmente, empezó a plantearse, al compás del diseño de los sucesivos modelos de financiación, la idea de la corresponsabilidad fiscal unida a la del principio de suficiencia de los recursos autonómicos.

La autonomía financiera, que hasta el momento había tenido su desarrollo más importante en la vertiente del gasto autonómico, empieza a intentar reforzarse en lo concerniente a la obtención de los ingresos, buscándose instrumentos que permitan que la suficiencia sea provista no sólo por el Estado, sino también por las propias Comunidades Autónomas. Como se sabe, a ello ha contribuido en gran medida la atribución de cada vez mayores facultades normativas sobre los impuestos cedidos y de participación en la gestión, así como la ampliación de los porcentajes de cesión, ya que las ideas de autonomía y suficiencia son interdependientes. Lógicamente, además, las decisiones de redistribución de las competencias y de los recursos económicos disponibles para la provisión de los bienes y servicios deben encarnar dos procesos paralelos. Ahora bien, téngase en cuenta que la autonomía no provee completamente la suficiencia, sólo colabora a ella (en el modelo actual de financiación la misión de conseguir los ingresos precisos para atender a las necesidades de gasto corresponde al Fondo de Suficiencia, que es el mecanismo de cierre del Sistema).

La insatisfacción respecto al ejercicio de su poder tributario autónomo en las decisiones sobre el ingreso traía causa no sólo del hecho de que la tributación propia ya no podía proveer la suficiencia de ingresos ante la consumación del proceso de transferencias, sino también de la constatación de que las Comunidades Autónomas no habían desarrollado en este ámbito su responsabilidad fiscal. Ciertamente, en la búsqueda de recursos económicos los principios de autonomía y de suficiencia corresponsable están atemperados, pero desde luego no obstaculizados, por otros principios constitucionales o derivados del bloque de la constitucionalidad. Y es en este punto donde nos tropezamos con el artículo 6.3 de la LOFCA.

II. LOS IMPUESTOS AUTONÓMICOS CREADOS Y LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 6.3

1. Los impuestos autonómicos y su confluencia con el artículo 6.3.

Como se señala en el Acuerdo 6/2009 del Consejo de Política Fiscal y Financiera, el avance del proceso de descentralización de las competencias de gasto ha significado que el núcleo de las preocu-

entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas; es decir, para posibilitar y garantizar el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocida en los arts. 137 y 156 CE» (STC 179/1985, 63/1996, 201/1988, 96/1990, 13/1992, 171/1996, 233/1999 y otras).

paciones se ha trasladado al ámbito del ingreso, adquiriendo nuevo protagonismo los principios de autonomía financiera y corresponsabilidad. La aplicación conjunta de estos principios se articula como uno de los ejes básicos de la reforma en curso, si bien el aumento de la corresponsabilidad se hace compatible con el respeto a la unidad de mercado y la mayor autonomía se combina con el mantenimiento de la suficiencia y la equidad del sistema de financiación ¹². Es digno de atención el hecho de que, siendo lógicamente éste el concreto marco principal en el que se ha acordado el incremento de las competencias normativas sobre los impuestos estatales, es, asimismo, en el que se propone, a pesar de configurarse los tributos propios como recursos marginados del sistema, la revisión del artículo 6.3. Parece por tanto claro que lo que se pretende es incidir en todos los instrumentos que permitan a las Comunidades Autónomas incrementar la parte de los ingresos que pueden obtener por sí mismas, y que, en el contexto de la reforma del sistema, deben ser los que financien las decisiones de mayor gasto sobre el nivel mínimo de prestación de servicios ya garantizado por el Estado.

La mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad que se han promovido en relación con impuestos autonómicos propios se han argumentado en base a la supuesta infracción de este precepto, así como la mayoría de las sentencias recaídas han fundado en él su fallo. No en vano se señala que uno de los fines de la propuesta de modificación es evitar o reducir la conflictividad constitucional.

Parece evidente que la finalidad del artículo 6 de la LOFCA es establecer las reglas de distribución del poder tributario en su vertiente normativa, proceder a la delimitación de las demarcaciones competencias tributarias que corresponden a los diferentes entes territoriales, evitando la doble imposición o la sobreimposición ¹³. Ahora bien, la compleja doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 6.3 ha incidido significativamente en las decisiones adoptadas en materia de impuestos propios por las Comunidades Autónomas. Influidas, por una parte, de la doctrina sentada en la primera y conocida sentencia 37/1987 ¹⁴, que consideró legítimo el establecimiento por las mismas de impuestos de carácter extrafiscal, y deduciendo, al igual que una parte de la literatura científica, que las figuras de esta naturaleza quedaban por este solo hecho al margen de las prohibiciones del artículo 6 de la LOFCA, gran parte de ellas aprobaron, como se ha visto, impuestos con fines no fiscales (en su mayor parte de perfil medioambiental), si bien en muchos casos este barniz era claramente artificioso. Algunos legisladores autonómicos anunciaron insistentemente en las Exposiciones de Motivos de las normas de creación sus propósitos no recaudatorios y decidieron la afectación de los ingresos obtenidos a los objetivos supuestamente perseguidos con la exacción del correspondiente impuesto. Como es palmario, éstos no son elementos susceptibles de conducir a la identificación de la función desempeñada por los mismos, pues sólo la estructura tributaria es fiel reflejo de la auténtica realidad impositiva, como ha dejado claro finalmente el Tribunal Constitucional.

¹² En la propuesta de reforma del Sistema de Financiación los principios de suficiencia y equidad aparecen, a su vez, conjugados, con el fin de que, dentro del marco de suficiencia global, los servicios básicos del Estado del Bienestar puedan ser prestados en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos con independencia de su lugar de residencia.

¹³ Como señalan acertadamente RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA, «...los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la LOFCA deberían ser objeto de una interpretación unitaria, dado que tienen idéntica finalidad, la de delimitar el espacio fiscal puesto a disposición de las CCAA, respecto del sistema tributario estatal, por un lado, y el de las Corporaciones Locales, por otro. ... Serían así dos aspectos o vertientes de una misma regla de conflicto: la prohibición de equivalencia...» («El Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Análisis constitucional» en *Nueva Fiscalidad*, n.º 10, 2004, págs. 66 y 67).

¹⁴ La STC 37/1987, de 14 de abril, declaró la constitucionalidad de los artículos 30 a 41 de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, reguladores del Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas. La misma argumentación sirvió, como se sabe, para confirmar la constitucionalidad de los artículos 21 a 29 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, de creación del Impuesto de Dehesas calificadas en Deficiente Aprovechamiento, a través de la STC 186/1993, de 7 de junio.

En todo caso, esta tendencia autonómica a justificar la creación de impuestos propios con razones extrafiscales (que además ahorra o suaviza a estos entes los costes asociados –en términos de reacción ciudadana– al incremento de la presión fiscal), ha impedido la exploración de otros territorios de compatibilidad con la regla del artículo 6.3. Por otra parte, y a pesar de su predicada naturaleza no fiscal, algunas de estas figuras han sido o están pendientes de ser constitucionalmente escrutadas bajo la sospecha de infringir la prohibición de la LOFCA. Ha sido el caso de los Impuestos balear y extremeño sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, ya declarados inconstitucionales por solapamiento con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles ¹⁵, y quedan en este momento pendientes de pronunciamiento del Tribunal Constitucional el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (de las Comunidades de Cataluña, Principado de Asturias, Navarra y Aragón) y el Impuesto extremeño sobre Depósitos en Entidades de Crédito, por posible solapamiento con el Impuesto sobre Actividades Económicas ¹⁶.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Gravamen catalán sobre Protección Civil, los Impuestos extremeños sobre Suelo sin edificar y Edificaciones Ruinosas y sobre Aprovechamientos Cinegéticos y el Impuesto andaluz sobre Depósito de Residuos Radioactivos son respetuosos con el artículo 6.3, ya que los primeros no invaden la materia reservada al Impuesto sobre Bienes Inmuebles ni la reservada al Impuesto sobre Actividades Económicas, los últimos ¹⁷.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional y su delimitación del ámbito del artículo 6.3.

Ya desde la sentencia 37/1987 ¹⁸, completada por la doctrina recaída en la STC 289/2000, el Tribunal Constitucional ha mantenido una línea unívoca en la interpretación del alcance de los límites

¹⁵ La STC 289/2000, de 30 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, aprobado por Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre. Por su parte, la STC 179/2006, de 13 de junio, declaró la inconstitucionalidad del Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, en los términos aprobados por la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997, de 29 de mayo. La Ley 8/2005, de 27 de diciembre, ya había realizado las modificaciones oportunas en la estructura del impuesto que se habían pactado como consecuencia del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura de 13 de abril de 2005.

¹⁶ Las normas autonómicas que han aprobado los respectivos Impuestos sobre Grandes Establecimientos Comerciales son las siguientes: la Ley del Parlamento Catalán 16/2000, de 29 de diciembre; la Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, del Parlamento de Navarra; la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, del Principado de Asturias y la Ley aragonesa 13/2005, de 30 de diciembre. Por su parte, la Ley del Parlamento de Extremadura 14/2001, de 29 de noviembre, creó el Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito.

¹⁷ La STC 14/1998, de 22 de enero, declaró la constitucionalidad de los artículos 31 a 38 de la Ley 8/1990, de Caza de la Comunidad Autónoma de Extremadura, reguladores del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos; la STC 168/2004, de 6 de octubre, certificó la constitucionalidad de los artículos 58 a 64 de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de Protección Civil de Cataluña, reguladores del Gravamen sobre Protección Civil; los Autos 417/2005, de 22 de noviembre y 434/2005, de 13 de diciembre, de inadmisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, que creó el Impuesto sobre Suelo sin Edificar y Edificaciones Ruinosas, declararon su compatibilidad con el artículo 6.3; y el Auto 456/2007, de 12 de diciembre, de inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba contra los artículos 56 a 64 de la Ley del Parlamento de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, de creación del Impuesto sobre Depósito de Residuos Radioactivos, que falló que éste no vulnera el artículo 6.3 de la LOFCA.

¹⁸ Aunque en esta sentencia el canon de constitucionalidad giraba, entre otros extremos, en torno a la presunta violación solamente de la prohibición del apartado 2 del artículo 6, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su F.J. 14 necesariamente precisó delimitar su contenido a través de un análisis comparativo con los términos del artículo 6.3.

establecidos en los artículos 6.2 y 6.3 de la LOFCA. Si bien en este aspecto la jurisprudencia constitucional no ha incurrido en contradicciones, lo que resulta sin embargo cuestionable es la aplicación que realiza de esa doctrina a cada uno de los impuestos autonómicos propios sometidos a su escrutinio.

Pues bien, el núcleo del razonamiento –que se ha mantenido idéntico hasta su último pronunciamiento a través del reciente Auto 456/2007– se funda en la distinción entre los conceptos de hecho imponible y materia imponible, que delimitan el ejercicio del poder tributario autonómico respecto, correspondientemente, del estatal y del local. Una vez interpretado que la dicción «materias reservadas» a las Corporaciones Locales del artículo 6.3 se identifica con el concepto de «materia imponible»¹⁹, el Tribunal Constitucional señala que hay que entender por éste «toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico», por diferencia a la noción de hecho imponible que «es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso para 'para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria'... De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imposables, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes»²⁰.

Se reconoce, por tanto, explícitamente que el ámbito de la prohibición de doble imposición es diferente, ya que respecto a las competencias tributarias de las Corporaciones Locales es más amplia, resultando «vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico». Éste es precisamente el motivo que lleva a la declaración de la inconstitucionalidad de los impuestos balear y extremeño sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, ya que, al gravar el patrimonio inmobiliario, someten a imposición la misma materia imponible que el Impuesto sobre Bienes Inmuebles²¹.

Como se ha mencionado, la materia imponible local afectada en todos los casos de impuestos propios impugnados ante el Tribunal Constitucional ha sido, como se acaba de mencionar, la riqueza inmobiliaria, y, además, las actividades económicas potencialmente generadoras de ingresos, que están sujetas al Impuesto sobre Actividades Económicas²².

¹⁹ «... la identificación entre "materias reservadas" a las entidades locales y "materias imposables" resulta patente en la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de las Haciendas Locales al identificar como uno de sus retos el "modernizar y racionalizar el aprovechamiento de la *materia imponible* reservada a la tributación local" y, sobre todo, en los apartados 1 y 6 de la Disposición adicional quinta que habilitan, respectivamente, a las Comunidades Autónomas a establecer y exigir un impuesto sobre "*la materia imponible* gravada por el Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica" y sobre "*la materia imponible* gravada por el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios"» (F.J. 4 de la STC 289/2000).

²⁰ F.J. 14 de la STC 37/1987; F.J. 4 de la STC 186/1993; F.J. 11 de la STC 14/1998; F.J. 4 de la STC 289/2000; F.J. 6 de la STC 168/2004; F.J. 5 del ATC 417/2005; F.J. 4 de la STC 179/2006; y F.J. 6 del ATC 456/2007.

²¹ En ambos casos se emitieron varios Votos particulares, en la mayor parte de los cuales se aplica la mencionada doctrina sobre la materia imponible local si bien con conclusiones diferentes a las de la respectiva sentencia, en orden a poder defender la constitucionalidad de estas figuras impositivas.

²² Con excepción del caso del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinéticos, en que se analizó, además de su eventual duplicidad impositiva con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, su posible coincidencia con el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios, supuesto en el cual, aunque el Tribunal Constitucional entendió que existía una yuxtaposición formal, decidió sin embargo que no se producía una doble imposición económica al preverse la deducción del impuesto local pagado en la cuota del impuesto autonómico (STC 14/1998).

Puesto que en la actividad hermenéutica desarrollada el Tribunal debe examinar la estructura impositiva del impuesto autonómico cuya constitucionalidad se encuentra en entredicho al efecto de determinar si se produce coincidencia con el impuesto local concernido en cada caso, uno de los elementos que puede aportar indicios sustanciales sobre la materia objeto de gravamen es lógicamente la definición del hecho imponible. Ello no quiere decir que la doctrina constitucional realice una equiparación con la delimitación efectuada por el artículo 6.2, esto es, que pretenda proceder a una corrección del alcance inferido del tenor literal del apartado 3 como parece entender algún autor²³, ya que en la mayor parte de los casos se realiza asimismo una comparación de los sujetos pasivos y los elementos de cuantificación de ambas figuras impositivas. Es más, en el caso del Gravamen sobre Protección Civil, el Tribunal Constitucional se encuentra en la necesidad de suplir la conducta omisiva del legislador catalán que –en uno de los ejemplos de técnica tributaria más deficiente– no define el hecho imponible del impuesto autonómico, debiendo deducir de la formulación de los sujetos pasivos lo que éste pretendió gravar.

Por otra parte, el hecho de que el examen constitucional se centre en las sentencias del artículo 6.3 en dilucidar su naturaleza extrafiscal, no significa ni que por esta sola condición los impuestos autonómicos sean respetuosos con el límite de la LOFCA, ni que figuras impositivas con fines exclusivamente fiscales dejen de resultar adecuadamente conformes a él. En la interpretación del Tribunal Constitucional una estructura extrafiscal es un indicio de que el objeto de gravamen autonómico no coincide –aunque pueda incidir– con la materia imponible local. Se trata, por tanto, de una información que se utiliza como criterio de delimitación respecto de los tributos locales.

Sin embargo, se puede observar que en algunos casos se ha realizado una aplicación desigual de estas pautas hermenéuticas. El tratamiento, por ejemplo, del dato de la afectación de los ingresos obtenidos a la finalidad manifestada en la correspondiente Exposición de Motivos, que ha servido para reafirmar la constitucionalidad de un impuesto por considerarse un hecho revelador de su carácter finalista, mientras el mismo elemento de juicio no ha sido tenido en consideración a tal efecto en otro caso²⁴.

²³ En este sentido, BORRERO MORO, partiendo de que la interpretación constitucional del artículo 6.3 determina un «agotamiento de la materia imponible, susceptible de ser afectada en el ejercicio de la competencia tributaria autonómica para establecer tributos propios», con base en la exégesis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, propone que se identifique la expresión «materia reservada» con la de «hecho imponible» (*El reparto de la materia imponible entre la Hacienda Autonómica y Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 169 a 188). Un tratamiento temprano de esta problemática había sido ya realizado tempranamente por YEBRA, P.: «La absorción por las Comunidades Autónomas de la materia imponible de las Corporaciones Locales», en *Impuestos*, II, 1985.

²⁴ «... de la regulación del gravamen (de Protección Civil) se infiere su inmediata vinculación a la realización de una política pública sectorial, aquí la prevención de grandes riesgos, así como su afección a la financiación de un fin concreto, puesto que el producto íntegro del gravamen se destina... Consecuentemente cabe afirmar que el legislador autonómico no ha creado una nueva fuente de ingresos públicos con fines genéricamente fiscales, sino un tributo finalista encaminado a corresponsabilizar a los creadores de riesgos para la protección civil en la prevención y lucha contra los mismos» (F.J. 10 de la STC168/2004). Y en el mismo sentido en el caso del Impuesto andaluz sobre Depósito de Residuos Radioactivos: «Prueba del carácter extrafiscal del tributo cuestionado es su ligazón con una determinada política pública sectorial... puesto que la recaudación fruto de la tributación establecida se encuentra vinculada, por expreso mandato legal, a la financiación de las actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección medioambiental y conservación de los recursos naturales» (F.J. 7 del ATC 456/2007).

Sin embargo, en el caso del Impuesto extremeño sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, el Tribunal Constitucional declara: «... la afectación del gravamen a la finalidad que se dice perseguida no es más que uno de los varios

III. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6.3 Y LA FUNCIÓN DE LOS IMPUESTOS PROPIOS EN EL MARCO DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Es casi un aserto doctrinal unánime referirse a la escasa operatividad de la imposición propia como fuente generadora de ingresos, y, por tanto, criticar su escasa contribución a la suficiencia y al ejercicio del principio de autonomía financiera por parte de las Comunidades Autónomas. Esta convicción se funda en las dificultades que entraña el respeto al conjunto de los límites constitucionales, pero, particularmente, al carácter restrictivo de la prohibición del artículo 6.3 de la LOFCA.

Pues bien, la reforma del Sistema de Financiación –si prospera el texto del Proyecto de Ley en sus términos actuales–, conlleva la remoción de este obstáculo. Como se ha visto, el Acuerdo 6/2009 no informa sólo de que se pretenda clarificar la regla de incompatibilidad, sino que se admite que la propuesta «podría ampliar el espacio fiscal de las CC.AA.» «...con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales». Se admite por tanto, en consonancia con la interpretación constitucional de la hasta ahora vigente redacción, que el cambio en la dicción del precepto implica un nuevo deslinde de los márgenes de actuación autonómica en su competencia creadora de impuestos propios, una extensión del alcance de sus facultades en este ámbito.

El marco en el que se plantea esta modificación parece denotar una voluntad decidida de los poderes públicos de recurrir a todos los medios constitucionalmente previstos para facilitar el acceso de los entes autonómicos a una financiación corresponsable de sus necesidades de gasto. Si bien uno de los elementos clave de la reforma del Sistema de Financiación es la provisión suficiente de recursos destinados a financiar un nivel equivalente y reforzado de los servicios públicos fundamentales del Estado del Bienestar, que garantiza el Estado, en lo que concierne a las decisiones autonómicas de incremento de las prestaciones, parece pretenderse que adquieran mayor relevancia en su financiación los recursos obtenidos a través del desarrollo de sus propias competencias tributarias.

A pesar de todo, cuando se denuncia la falta de virtualidad de los impuestos propios parecen olvidarse las opciones disponibles hasta este momento en la esfera de la materia imponible estatal ²⁵,

indicios –y no precisamente el más importante– a tener en cuenta a la hora de calificar la verdadera naturaleza del tributo...basta la mera lectura de la citada disposición adicional para constatar que no existe la pretendida afectación a actuaciones concretas tendentes a combatir o reparar el daño provocado al medio ambiente...sino una previsión genérica para financiar cualquier medida o programa de carácter medio ambiental...» (F.J. 10 de la STC 179/2006). El cambio de orientación es tan llamativo que en su Voto particular el Magistrado Pascual Sala (al que se adhirieron los Magistrados Pérez Vera y Pérez Tremps) señala que «El hecho de que, a diferencia del gravamen catalán, el extremeño no establezca que el producto de la recaudación del gravamen debe destinarse íntegramente a financiar actividades tales como previsión, prevención, planificación, información y formación en materia medioambiental, no quiere decir que se trate de un tributo con mera finalidad recaudatoria. Una cosa es que el gravamen no aparezca afectado con exclusividad a determinadas finalidades, y otra bien diferente que, por eso no pueda reconocérsele la naturaleza "finalista" que sin duda ostenta... porque no puede haber duda alguna que programas de reducción, reutilización o reciclaje de residuos, o de apoyo al transporte público, reducen directamente la contaminación y favorecen de la misma forma el medio ambiente».

²⁵ En relación con este aspecto GARCÍA-MONCÓ, que es uno de los pocos autores que defiende la opción de buscar soluciones para reforzar la vía de la imposición propia, ha realizado recientemente la propuesta de que se configure un impuesto propio sobre las ganancias patrimoniales inmobiliarias, que deberían dejar de ser gravadas por el Estado a través del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades («Impuestos propios: crisis y perspectivas», en *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*, t. II, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 1.902 a 1.910).

así como el incremento de las cifras de recaudación autonómica por este concepto, al compás de un mayor ejercicio de esta competencia normativa (si bien esto, como se ha examinado anteriormente, con muchas diferencias entre Comunidades Autónomas). Todo ello –incluida la propia disparidad– informa del peso que tiene en esta problemática el factor de la discrecionalidad política con que operan en este campo los gobiernos autonómicos, en cuya toma de decisiones se muestran por tanto prioritarios intereses distintos al propio desarrollo de su poder tributario ²⁶.

También hay que considerar que la función de la imposición propia no se agota en su condición de instrumento de recaudación, sino que constituye una vía importante para la realización de las políticas autonómicas, pues no hay que olvidar que la autonomía financiera es un medio («un instrumento indispensable» en palabras del Tribunal Constitucional) para el logro de su autonomía política. «La autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia», de modo que «gozarán de autonomía financiera de gasto en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus presupuestos» (STC 13/1992) ²⁷.

De conformidad con la función que debe realizar el tributo en un Estado social, y siendo la autonomía política el presupuesto para la actuación de la autonomía financiera, la imposición propia puede ser la expresión, el instrumento de materialización de determinadas políticas públicas autonómicas. En este aspecto, cumple la misma misión que han desarrollado las Comunidades Autónomas a través de la utilización de las capacidades normativas de los impuestos cedidos, si bien, y dada su libertad de configuración tributaria, los impuestos propios pueden rendir un mejor servicio a este propósito. Esto es lo que, aunque de forma muy incompleta –y, desde luego, en ocasiones con una deficiente técnica tributaria–, han intentado algunos de estos entes, configurando figuras tendentes a la modificación de conductas (de incentivo o de desincentivo de las mismas), y a la internalización de costes sociales.

Pues bien, esta versatilidad de los impuestos autonómicos para perseguir parte de los objetivos formulados en el ejercicio de su autonomía política por estos entes territoriales, justifica por sí misma cualquier esfuerzo que se haga por parte de los poderes públicos para facilitar e impulsar la utilización de esta capacidad normativa. De modo que si en esta línea la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA no logra contribuir, pese a haber despejado algunas dudas, al incremento de la responsabilidad fiscal autonómica y a la aportación por estos entes de mayores recursos para financiar sus futuras necesidades de gasto, debe insistirse en que la imposición propia tiene a pesar de ello un importante papel que cumplir como instrumento de intervención política, misión que no puede suplir con la misma solvencia ningún otro recurso de naturaleza tributaria.

²⁶ Una evaluación del desarrollo del poder tributario desplegado por las Comunidades Autónomas puede encontrarse en JORGE GARCÍA-INÉS, M./ÁLVAREZ GARCÍA, S.: «Un análisis de la política tributaria de las Comunidades Autónomas de Régimen Común», en *Crónica Tributaria*, n.º 121, 2006, págs. 31 y ss.

²⁷ Ya que «es constitucionalmente admisible que el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza» (F.J. 13 de la STC 37/1987).

LA EXIGIBILIDAD DEL IVA POR SU MENCIÓN EN FACTURA Y LA PROBLEMÁTICA EN CUANTO A SU DEDUCCIÓN, REGULARIZACIÓN Y DEVOLUCIÓN

[A propósito de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco]

ALFONSO SANZ CLAVIJO

*Investigador de la Universidad de Huelva
Doctor en Derecho Tributario Europeo.
Universidad de Bolonia*

Extracto:

EL artículo 21.1 letra c) de la Directiva 77/388/CEE establece que será deudor del impuesto la persona que haga mención a la cuota del IVA en una factura, sin exigirse otros requisitos para el nacimiento de la deuda tributaria correspondiente.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con este precepto la Sexta Directiva pretende contrarrestar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que pudiera derivar de la deducción de estas cuotas de IVA repercutidas exclusivamente por su mención en factura, pues, independientemente de que las operaciones reflejadas en tales facturas estén sujetas o no a tributación, sus destinatarios podrán deducirse el IVA soportado que les ha sido repercutido con las mismas.

Además de la cuestión de su exigibilidad y deducibilidad, en torno a la deuda tributaria en concepto de IVA derivada de la aplicación del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, surgen otros problemas relativos a la posibilidad de regularizarla y, en su caso, procederse a su devolución.

Pese a lo anterior, y a diferencia de otros ordenamientos tributarios nacionales, en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no se contempla una disposición que pueda considerarse la transposición a la normativa española en materia de IVA de este mandato comunitario.

Palabras clave: IVA mencionado en factura, deducción del IVA, regularización del IVA y devolución del IVA.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La exigibilidad y la deducibilidad del IVA por su mención en factura: el criterio del riesgo de pérdida de ingresos fiscales.
 - a) La exigibilidad del IVA por su mención en factura.
 - b) Criterios para la determinación del Estado miembro al que corresponde el IVA mencionado en factura: el riesgo de pérdida de ingresos fiscales.
 - c) La no deducibilidad del IVA mencionado en factura correspondiente a una operación no sujeta a tributación.
 - d) La doctrina del Tribunal de Justicia.
- III. La regularización y devolución del IVA indebidamente mencionado en factura.
 - a) De la exigencia de buena fe a la eliminación del riesgo de pérdida de ingresos fiscales como presupuesto para la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura.
 - b) Las medidas de los Estados miembros para asegurar la exacta recaudación del IVA: la exigencia de factura rectificativa y de devolución del IVA al destinatario de la operación como presupuestos para la regularización del impuesto.
 - c) La inexistencia de un procedimiento específico para la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura.
 - d) La doctrina del Tribunal de Justicia.
- IV. Aplicabilidad en España.

I. INTRODUCCIÓN

Consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad neerlandés, recientemente el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre diversos aspectos relacionados con la exigibilidad del IVA por su mención en factura ¹ ex artículo 21.1 letra c) de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios –en adelante, Sexta Directiva– ².

Aunque la Corte de Justicia ya había establecido con anterioridad su doctrina al respecto ³, con esta nueva resolución jurisdiccional el Tribunal de Justicia viene a confirmar su criterio en cuanto a la exigibilidad, deducibilidad y posibilidades de devolución del IVA devengado en virtud de tal precepto, alcanzado *ex novo* determinadas conclusiones de particular relevancia en cuanto a la deducibilidad del IVA mencionado en factura correspondiente a una operación no sujeta a tributación o a los requisitos para regularizar tal impuesto, etc.

Ordenándose la exposición de acuerdo con las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad neerlandés, en las líneas que continúan se tratará de desarrollar las conclusiones alcanzadas por la Corte de Justicia para, finalmente, analizar la aplicabilidad de las mismas en el sistema español del IVA.

¹ STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco.

² El mandato del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva se recoge en el vigente artículo 203 («Será deudora del IVA cualquier persona que mencione este impuesto en una factura») de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

³ Por orden cronológico SSTJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, Genius; de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, Schmeink & Cofreth e Strobel; de 6 de noviembre de 2003, asuntos acumulados C-78/02 a C-80/02, Karageorgou; de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken.

II. LA EXIGIBILIDAD Y LA DEDUCIBILIDAD DEL IVA POR SU MENCIÓN EN FACTURA: EL CRITERIO DEL RIESGO DE PÉRDIDA DE INGRESOS FISCALES

a) La exigibilidad del IVA por su mención en factura.

La primera cuestión que se analiza en esta sentencia hace referencia a si, de acuerdo con el artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, es exigible, y en qué Estado miembro, el IVA que se menciona en una factura en el supuesto en el que la operación que en ésta se documenta esté sujeta a tributación en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecido el sujeto pasivo de acuerdo con las normas del sistema del IVA.

Esta cuestión prejudicial fue planteada por el Hoge Raad neerlandés en la relación con los servicios que Stadeco BV –empresa establecida en los Países Bajos– prestaba por cuenta del EVD –organismo de Derecho Público dependiente del Ministerio de Economía holandés sin derecho a deducción– en Alemania y en Estados terceros. Por estos servicios, que no estaban sujetos al IVA en Holanda, Stadeco BV emitía facturas a EVD en las que se mencionaba el correspondiente importe de IVA. EVD abonaba íntegramente dichas facturas, procediendo Stadeco BV a ingresar el IVA correspondiente. Posteriormente, la Administración Tributaria neerlandesa comunicó a Stadeco BV que no era deudora del IVA al no estar sujetas las prestaciones de servicio al IVA en los Países Bajos.

Desde estas premisas, en primer lugar, el Tribunal de Justicia confirma que, de acuerdo con el artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, las personas que mencionen el IVA en una factura se convierten por este hecho en deudores del impuesto, precisando que esta deuda tributaria nace aunque la operación que se documenta en tal factura no sea imponible en el Estado miembro en el que está establecido el sujeto pasivo⁴, ya sea por no estar sujeta al IVA⁵ o por localizarse efectivamente en otro Estado miembro⁶.

⁴ En este sentido, en el apartado 26 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, se apunta que «hay que señalar que el artículo 21, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva establece que cualquier persona que mencione el IVA en una factura o documento que le sustituya es deudora de dicho impuesto. En particular, tales personas adeudan el IVA mencionado en una factura independientemente de cualquier obligación de abonarlo por una operación sometida al IVA». En idéntico sentido, véase el apartado 17 de las conclusiones en el asunto C-566/07, Stadeco, en el que el Abogado General Kokott sostiene que «el sentido y la finalidad del artículo 21, punto 1, letra c), se oponen a supeditar la deuda tributaria en el sentido de la citada disposición al requisito adicional de que el impuesto mencionado se base efectivamente en una operación imponible en el Estado de que se trate».

⁵ Sobre la exigibilidad del IVA mencionado en factura aun tratándose de operaciones no sujetas al impuesto véase el apartado 53 de la STJCE de 6 de noviembre de 2003, asuntos acumulados C-78/02 a C-80/02, Karageorgou, resolución jurisdiccional en la que la Corte de Justicia afirma tal exigibilidad al exponer que «el artículo 21, punto 1, letra c), de la Sexta Directiva no se opone a la devolución de un importe que se haya mencionado por error como IVA en una factura o en cualquier otro documento que produzca sus efectos, cuando los referidos servicios no estén sujetos al IVA y, por consiguiente, el importe facturado no pueda calificarse de IVA».

⁶ Igualmente, sobre la exigibilidad del IVA de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva y pese a localizarse las operaciones en otro Estado miembro, véase el apartado 27 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, se sostiene que «a diferencia de lo que ocurre con la deuda fiscal que eventualmente genere una operación sometida al IVA, el lugar de la prestación de servicios que dé origen a una factura carece de pertinencia por lo que se refiere al nacimiento de la deuda fiscal prevista en el artículo 21, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva, que se adeuda exclusivamente porque la factura menciona el IVA».

Confirmando así la exigibilidad del IVA mencionado en factura aun cuando la operación no sea imponible, expone la Corte de Justicia que la finalidad de esta medida es precisamente eliminar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que derivaría del ejercicio del derecho a la deducción⁷, pues el destinatario de las facturas en las que se haya indebidamente mencionado el IVA puede no obstante ejercer este derecho –aunque tal cuota del impuesto no sea deducible–⁸ con el correspondiente riesgo de pérdida de ingresos fiscales para el Estado en el que es deducible el IVA indebidamente mencionado en factura.

b) Criterios para la determinación del Estado miembro al que corresponde el IVA mencionado en factura: el riesgo de pérdida de ingresos fiscales.

Considerando esta premisa, el Tribunal de Justicia responde también a la segunda parte de esta primera cuestión prejudicial, pues, tras sentar que el riesgo de pérdida de ingresos fiscales lo padece el Estado en el que puede deducirse el IVA indebidamente mencionado en factura, concluye que será en este Estado en el que nazca la obligación tributaria derivada de la mención del IVA en la factura ex artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva⁹.

A partir de esta conclusión, la Corte de Justicia entiende que, para determinar el Estado en el que se adeuda el IVA mencionado en factura, deberá tenerse en cuenta esta situación, y así, considera el riesgo de pérdida de ingresos fiscales como un criterio para tal determinación. Este criterio sería coherente con el sentido y finalidad del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, pues no vincula

En idéntico sentido, en relación con el lugar de imposición de una prestación de servicios de publicidad y marketing de una empresa italiana a otra alemana, véase también la STJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, apartado 19 en relación con los apartados 12 y 13.

⁷ Sobre la finalidad del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva véase el apartado 27 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*, que, en este sentido, establece que «Al estipular que el IVA mencionado en la factura se adeuda con independencia de la obligación de abonarlo por una operación sometida al IVA, el artículo 21, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva pretende eliminar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que puede generar el derecho a deducción previsto en el artículo 17 de la Sexta Directiva».

Similar conclusión de la Corte de Justicia se recoge en las SSTJCE de 19 de septiembre de 2000, asunto C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, apartados 53 y 54, y de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, apartado 23, así como en las conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, *Stadeco*, apartado 18. Debe destacarse, en este sentido, lo apuntado al respecto en la STJCE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-342/87, *Genius*, en cuyo apartado 17 se expresa que en tales circunstancias el fraude fiscal «sería más fácil en el caso de que pudiera deducirse cualquier impuesto facturado».

⁸ Siguiendo su tesis jurisprudencial sobre la relación entre el riesgo de pérdida de ingresos fiscales y el derecho a la deducción en el contexto del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva –tesis construida con la STJCE de 19 de septiembre 2000, causa C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, apartado 57 en relación con el apartado 12– en el apartado 29 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*, la Corte de Justicia reitera la misma y advierte que «aunque el ejercicio de dicho derecho a deducción se limita únicamente a los impuestos que corresponden a una operación sujeta al IVA (...), el riesgo de pérdida de ingresos fiscales no se elimina, en principio, completamente mientras el destinatario de una factura que menciona indebidamente el IVA aún pueda utilizarla para ejercer dicho derecho, conforme al artículo 18, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva».

⁹ Así se pronuncia el Tribunal de Justicia en el apartado 31 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*, sentando que «Puesto que el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que podría generar el ejercicio del derecho a deducción del destinatario de la factura lo soporta el Estado miembro al que corresponda el IVA mencionado en la factura de que se trate, es en ese Estado miembro en el que se adeuda el IVA, en virtud del artículo 21, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva».

la exigibilidad del IVA indebidamente mencionado en factura con la efectiva sujeción de la operación a un concreto Estado miembro, sino con el derecho a la deducción, que es el que determina el riesgo de pérdida de ingresos fiscales ¹⁰.

No obstante lo anterior, reconoce la Corte de Justicia que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar a qué Estado miembro se le adeuda el IVA en tales circunstancias ¹¹, y sabiéndose que la deducción del IVA indebidamente mencionado en factura puede haberse concedido antes de verificarse su procedencia ¹², el Tribunal de Justicia relaciona otros criterios, además del relativo al riesgo de pérdida de ingresos fiscales, que podrían ser de ayuda para determinar el Estado al que corresponde la deuda por tal concepto, criterios tales como la lengua en la que está redactada la factura, el tipo impositivo aplicado, la divisa referida, etc. ¹³

c) La no deducibilidad del IVA mencionado en factura correspondiente a una operación no sujeta a tributación.

Con la respuesta a la primera cuestión prejudicial, la Corte de Justicia confirma su doctrina acerca de la exigibilidad del IVA mencionado en factura de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva ¹⁴; si bien, el Tribunal de Justicia afronta además otro aspecto que puede resultar de interés como es el reconocimiento de la posible incapacidad de la Administración Tributaria para controlar la procedencia del derecho a la deducción.

Con anterioridad a esta sentencia, la doctrina establecida por la Corte de Justicia se limitaba a fijar que no es deducible el IVA que se hubiera devengado en virtud del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, pues el derecho a la deducción se limita al IVA devengado, y en su caso ingresado, por operaciones efectivamente sujetas a tributación en el Estado en que se ejercitaría tal derecho ¹⁵.

¹⁰ En el apartado 17 de sus conclusiones en el asunto C-566/07, Stadeco, el Abogado General Kokott sostiene al respecto que «el sentido y la finalidad del artículo 21, punto 1, letra c), se oponen a supeditar la deuda tributaria en el sentido de la citada disposición al requisito adicional de que el impuesto mencionado se base efectivamente en una operación imponible en el Estado de que se trate».

¹¹ STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, apartados 32 y 33.

¹² Conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, Stadeco, apartado 19.

¹³ STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, apartados 32 y 33.

Es necesario completar lo dispuesto en tales apartados de la sentencia con lo expuesto en el apartado 14 de las conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, Stadeco; concretamente, tras especificar que «el artículo 21, punto 1, letra c), da lugar a una deuda tributaria únicamente frente al Estado cuyo IVA se menciona en la factura. En caso de que falte una indicación expresa, para saber de qué IVA se trata habrá de recurrirse a la interpretación de la factura», reconoce entonces el Abogado General Kokkot la aplicabilidad de los criterios apenas referidos, añadiendo sobre la funcionalidad de los mismos que «Esta interpretación restrictiva se hace necesaria para excluir que varios Estados miembros reclamen la percepción del impuesto sobre la base de la misma factura».

¹⁴ Véanse las sentencias referidas anteriormente en la nota 3.

¹⁵ En este sentido, véase la STJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, Genius, resolución jurisdiccional en cuyo apartado 13 se determina que «el ejercicio del derecho a la deducción se limita únicamente a los impuestos devengados, es decir, a los impuestos que corresponden a una operación sujeta al IVA o ingresados en la medida en que se han devengado». Este criterio se mantendrá en las SSTJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, Schmeink & Cofreth e Strobel, apartado 53 y de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken, apartado 23, confirmandose nuevamente en el apartado 29 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco... con implícitas matizaciones que a continuación se exponrán.

Como se ha visto, afirmaba el Tribunal de Justicia que si se pudiera deducir cualquier impuesto facturado se facilitaría el fraude fiscal ¹⁶.

Sin embargo, la realidad demuestra que, a pesar de tal doctrina jurisprudencial, es posible en cambio deducir las cuotas de IVA que han sido simplemente mencionadas en facturas aun cuando las operaciones a las que correspondan no estén sujetas a tributación.

Esta situación responde a una doble circunstancia, de un lado, a que para ejercitar el derecho a la deducción sólo es estrictamente necesaria una factura en la que conste el IVA de acuerdo con los requisitos del artículo 22.3 de la Sexta Directiva ¹⁷, y, de otro lado, a que, en ciertas situaciones, no será posible siempre a la Administración Tributaria controlar la procedencia del derecho a la deducción que los sujetos pasivos ejercitan.

En este sentido, la Corte de Justicia se limita a señalar que «no puede excluirse que circunstancias y relaciones jurídicas complejas impidan a la administración tributaria comprobar en tiempo oportuno qué otras consideraciones se oponen al ejercicio del derecho a deducción», sin mayor profundización al respecto ¹⁸.

Tomando en consideración tales circunstancias y relaciones jurídicas complejas, concluye el Tribunal de Justicia que la emisión de facturas en las que se mencione indebidamente el IVA genera un riesgo de pérdida de ingresos fiscales para los Estados en los que los destinatarios de las mismas puedan ejercitar el derecho a la deducción, ejercicio cuya procedencia, como reconoce la sentencia, no siempre podrá controlarse.

Pese a tal conclusión, se cree que es de especial relevancia aceptar y formalizar esta realidad acerca de la capacidad de las Administraciones Tributarias en una sentencia de la Corte de Justicia, pues, de una parte, se consagra la exigibilidad del IVA indebidamente mencionado en factura en base precisamente al riesgo de pérdida de ingresos fiscales que puede derivarse del irregular ejercicio del derecho a la deducción –criterio de carácter material fundamentado en los intereses financieros de los Estados miembros–, mientras que, de otra parte, se niega el ejercicio de éste por parte del destinatario de las operaciones de acuerdo con un criterio meramente formal cual es la limitación del derecho a la deducción a las cuotas soportadas en operaciones efectivamente sujetas a imposición.

Esta situación, que podría ser considerada contraria al principio de repercusión y deducción en el que se fundamenta el IVA, supone entonces que la exigibilidad del impuesto de acuerdo con el artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva pueda convertirse en una suerte de sanción impropia ¹⁹.

¹⁶ STJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, Genius, apartado 17.

¹⁷ Conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, Stadeco, apartado 18.

En este sentido, tras apuntar que «al mencionar el IVA en una factura, la persona que la extiende produce la impresión de haber efectuado una operación imponible y haber abonado, o bien querer abonar, el IVA», concluye el Abogado General Kokott que «En efecto, para el ejercicio del derecho a deducción basta, conforme al artículo 18, apartado 1, letra b), de la Sexta Directiva, con que el destinatario sujeto pasivo posea una factura en la que conste el IVA conforme a los requisitos del artículo 22, apartado 3, de la Directiva», y es por ello que «El artículo 21, punto 3, letra c), garantiza que no se deducirá ningún impuesto soportado que no haya sido efectivamente abonado».

¹⁸ STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, apartado 30.

¹⁹ En este sentido se expresa SALVINI en su monografía sobre el régimen tributario de este tipo de operaciones en el IVA (SALVINI, L.: *IVA e operazione inesistenti*, edición provisional, Roma, 1992, págs. 89 y ss.).

d) La doctrina del Tribunal de Justicia.

Atendiendo a todo lo expuesto hasta ahora y a la respuesta de la Corte de Justicia a la primera cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad neerlandés, podría concluirse que:

- El artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva establece que los sujetos pasivos que mencionen el IVA en factura serán considerados deudores del impuesto por su sola mención, independientemente del hecho que la operación no estuviese efectivamente sujeta a tributación en el Estado miembro a que corresponda el IVA mencionado.
- Esta disposición comunitaria tiene como finalidad eliminar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que comportan este tipo de facturas, ya que sus destinatarios podrían deducir el IVA mencionado en factura en el Estado al cual corresponda el impuesto, aun cuando las operaciones reflejadas estuviesen sujetas a tributación en otro Estado miembro de acuerdo con el sistema del IVA, y desde el momento en el que a la Administración Tributaria, en ciertas circunstancias y ante determinadas relaciones jurídicas complejas, no será siempre posible comprobar en el tiempo oportuno la procedencia del ejercicio del derecho a deducción del IVA soportado.
- Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar el Estado miembro al que corresponde el IVA mencionado en factura, teniendo en cuenta criterios tales como la lengua en que ha estado redactada, el tipo de gravamen aplicado, la divisa indicada, etc.

III. LA REGULARIZACIÓN Y DEVOLUCIÓN DEL IVA INDEBIDAMENTE MENCIONADO EN FACTURA

a) De la exigencia de buena fe a la eliminación del riesgo de pérdida de ingresos fiscales como presupuesto para la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura.

Una vez confirmada la exigibilidad del IVA mencionado en factura ex artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva –aun cuando tal mención sea indebida por tratarse de operaciones no sujetas a tributación por las razones anteriormente expuestas–, la segunda cuestión que se afronta en esta sentencia es la relativa a si, en tales circunstancias, la regularización que pudiera proceder de este IVA puede condicionarse a la emisión de una factura rectificativa por parte del cedente o prestador.

Esta segunda cuestión prejudicial la plantea el Hoge Raad neerlandés en relación con la devolución a Stadeco del IVA que había mencionado indebidamente en factura. Para la rectificación de los errores de facturación la normativa holandesa requería una factura rectificativa o nota de crédito, pero Stadeco no cumpliría finalmente con ninguna de esas exigencias. Por esta razón, la Administración Tributaria de los Países Bajos liquidó posteriormente a Stadeco el IVA indebidamente mencio-

nado en factura, considerando que no cumplía los requisitos para la rectificación y que, por lo tanto, no tenía derecho a la devolución solicitada. El *Gerechthof te's-Gravenhage* (Tribunal de apelación de La Haya) anuló esta liquidación, entendiendo que las exigencias para la rectificación no eran esenciales y que, en la medida que EVD no tenía derecho a la deducción, no existía riesgo de pérdida de ingresos fiscales que obstara la devolución del IVA indebidamente facturado. Al formular esta cuestión prejudicial, el Hoge Raad neerlandés considerará también que en el supuesto expuesto no existe riesgo de pérdida de ingresos tributarios por ser el destinatario de las facturas un organismo público sin derecho a deducción del IVA soportado.

Llegados a este punto, el Tribunal de Justicia comienza su razonamiento sobre la conformidad con el Derecho Comunitario de la exigencia de emitir una factura rectificativa para regularizar el IVA indebidamente mencionado en factura cuando no exista riesgo de pérdida de ingresos fiscales. Sin embargo, en primer lugar, la Corte de Justicia revisa tal presupuesto de la cuestión prejudicial planteada y afirma que en el caso la eliminación del riesgo de pérdida de ingresos tributarios no responde tanto a la actuación de Stadeco sino a la particularidad de que el destinatario de los servicios no gozaba de derecho alguno a la deducción, y así, pudiendo además concurrir circunstancias que impidieran a la Administración Tributaria comprobar la procedencia del derecho a la deducción, concluye el Tribunal de Justicia que no se puede considerar que Stadeco haya eliminado completamente, y en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos fiscales ²⁰.

Aclarado tal extremo, sobre los presupuestos para regularizar cuando proceda el IVA indebidamente mencionado en factura, en un primer momento, la Corte de Justicia entendió que el principio de neutralidad que informa el impuesto instaba a que los Estados miembros previeran la posibilidad de regularizar cualquier cuota de IVA que hubiera sido mencionada en factura indebidamente, siempre que se demostrara buena fe en el emisor de la factura ²¹.

Esta doctrina del Tribunal de Justicia evolucionó, y posteriormente, desde la STJCE de 19 de septiembre de 2000, causa C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, la Corte de Justicia vino a entender que no era necesario demostrar la buena fe para rectificar el IVA indebidamente mencionado en factura si el emisor de la misma eliminaba completamente, y en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos tributarios. Concurriendo tales circunstancias, considera el Tribunal de Justicia que el principio de neutralidad exige la regularización del impuesto indebidamente facturado, sin necesidad de probar la buena fe ²².

²⁰ STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*, apartado 45.

²¹ En efecto, en el apartado 18 de la STJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, *Genius*, la Corte de Justicia precisaría que el principio de neutralidad del IVA podría verse afectado por el hecho de limitar el ejercicio del derecho a deducción únicamente a los impuestos que correspondan a operaciones sujetas, y por ello afirmaría que «hay que poner de relieve que, para garantizar la aplicación de este principio, corresponde a los Estados miembros establecer, en sus ordenamientos jurídicos internos, la posibilidad de corregir cualquier impuesto que haya sido facturado indebidamente en todos los casos en que quien haya extendido la factura demuestre su buena fe».

Posteriormente, el Tribunal de Justicia recordaría tal presupuesto para proceder a la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura en las SSTJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, apartado 61; de 6 de noviembre de 2003, asuntos acumulados C-78/02 a C-80/02, *Karageorgou*, apartado 50, así como en el apartado 36 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*.

²² Así es, en los apartados 57, 58 y 60 de la STJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, la Corte de Justicia completó su tesis jurisprudencial sobre los presupuestos para la regularización del IVA indebidamente

Finalmente, ya sea en una o en otra de las hipótesis, la Corte de Justicia ha manifestado que la regularización en ningún caso puede depender de una apreciación discrecional de la Administración Tributaria ²³.

b) Las medidas de los Estados miembros para asegurar la exacta recaudación del IVA: la exigencia de factura rectificativa y de devolución del IVA al destinatario de la operación como presupuestos para la regularización del impuesto.

Más allá de este requisito inicial para la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura, tras recordar que en virtud del artículo 22.8 de la Sexta Directiva los Estados miembros pueden adoptar medidas para asegurar la exacta percepción del impuesto, el Tribunal de Justicia afronta a continuación la compatibilidad con el Derecho Comunitario de otros presupuestos que se pudieran exigir para procederse a la rectificación de tales cuotas de IVA.

Así, la Corte de Justicia entiende que el requisito de la emisión de una factura rectificativa para la regularización del impuesto puede considerarse una medida que garantiza la eliminación del riesgo de pérdida de ingresos fiscales derivado de las facturas en las que se ha mencionado el IVA indebidamente, sin que el mismo signifique supeditar la regularización a una apreciación discrecional de la Administración Tributaria.

Además, añade la Corte de Justicia igualmente que esta exigencia es proporcional, pues no iría más allá de lo necesario para eliminar completamente el precitado riesgo de pérdida de ingresos fiscales ²⁴.

mente mencionado en factura señalando que «a diferencia del asunto *Genius Holding*, antes citado, en los litigios del procedimiento principal se eliminó por completo, y en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos fiscales, bien porque quien expidió la factura la recuperó y destruyó antes de que el destinatario la utilizase, o bien porque, habiéndose utilizado la factura, quien la expidió pagó el importe indicado en ella por separado», y consecuencia de lo anterior consideró que «En los casos en que quien expide la factura haya eliminado por completo, y en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos fiscales, el principio de neutralidad del IVA exige que el IVA indebidamente facturado pueda ser regularizado, sin que los Estados miembros puedan supeditar dicha regularización a la buena fe de quien expide la factura».

Esta evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia encuentra reflejo en la STJCE de 6 de noviembre de 2003, asuntos acumulados C-78/02 a C-80/02, *Karageorgou*, apartado 50; en las conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, *Stadeco*, apartado 24, así como en el apartado 37 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*.

²³ En el apartado 70 de la STJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, el Tribunal de Justicia finalizó sus pronunciamientos acerca de la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura añadiendo que «corresponde a los Estados miembros definir el procedimiento según el cual puede regularizarse el IVA indebidamente facturado, siempre que esta regularización no dependa de la facultad de apreciación discrecional de la Administración tributaria».

²⁴ Tras traer a colación la cuestión de la subsistencia del riesgo de pérdida de ingresos fiscales y la hipotética imposibilidad de las Administraciones Tributarias para comprobar siempre la procedencia del ejercicio del derecho a deducción del IVA soportado, en el apartado 47 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, *Stadeco*, se sostiene, en este sentido, que «En estas circunstancias, procede afirmar que, en principio, el hecho de supeditar la regularización del IVA indebidamente mencionado en una factura al requisito de la rectificación de esta factura no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de eliminar completamente el riesgo de pérdida de ingresos fiscales».

En idéntico sentido ya se expresaba el Abogado General Kokott en el apartado 27 de sus conclusiones en el asunto C-566/07, *Stadeco*.

Por otra parte, en la sentencia se plantea también si sería conforme a Derecho Comunitario la exigencia de devolver al destinatario el IVA indebidamente mencionado en factura como condición para la regularización del impuesto.

Aunque el Tribunal de Justicia no resolverá expresamente esta cuestión –por no ser objeto específico de la cuestión prejudicial y ser un presupuesto exigido en la normativa holandesa con posterioridad a la fecha de las actuaciones– expondrá no obstante que el Derecho Comunitario no se opone a que los sistemas jurídicos nacionales rechacen la regularización y devolución de impuestos indebidamente percibidos cuando ello suponga un enriquecimiento injusto para el beneficiario de la devolución ²⁵.

Finalmente, la Corte de Justicia señala implícitamente que la exigencia de una factura rectificativa no significa que la ulterior devolución del IVA indebidamente mencionado en factura sea imposible o excesivamente difícil ²⁶, añadiéndose que sólo cuando resultara imposible el cambio de factura podría entenderse que esta exigencia es contraria al principio de proporcionalidad ²⁷, y que, en consecuencia, en circunstancias como éstas, deberán los Estados miembros establecer, como expresión de la primacía del Derecho Comunitario, el procedimiento para la devolución del IVA indebidamente facturado aun cuando en sus ordenamientos nacionales no se prevea una solución para tales supuestos ²⁸.

²⁵ El apartado 48 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, se refiere a tal circunstancia remitiéndose a la STJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-309/06, Marks & Spencer, resolución jurisdiccional en cuyo apartado 41 se apunta que «Es preciso recordar que el Derecho comunitario no se opone a que un sistema jurídico nacional rechace la devolución de impuestos indebidamente percibidos cuando puedan producir un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios», matizándose, no obstante, que «el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa debe aplicarse, para ajustarse al Derecho comunitario, respetando principios tales como el principio de igualdad de trato». En idéntico sentido, véase el apartado 32 de las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-566/07, Stadeco.

²⁶ Esta afirmación se deduciría de lo apuntado por el Tribunal de Justicia en los apartados 40, 41 y 42 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, afirmación que ha de ponerse en relación a su vez con el apartado 41 de la STJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken, en la que la Corte de Justicia, tras hacer referencia a los principios de neutralidad y efectividad, establece que «si la devolución del IVA resulta imposible o excesivamente difícil (...) los citados principios pueden exigir que su beneficiario pueda reclamar la devolución directamente a las autoridades tributarias», y en consecuencia sostiene que «Por consiguiente, los Estados miembros deben establecer los instrumentos y las normas de procedimiento necesarias para permitir al destinatario de los servicios recuperar el impuesto indebidamente facturado con el fin de respetar el principio de efectividad».

Aunque más adelante se volverá sobre este particular, baste ahora con señalar que la exigencia de emitir una factura rectificativa no ha sido considerada por la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, como un requisito susceptible de imposibilitar o hacer excesivamente difícil la devolución del IVA indebidamente mencionado en factura. En este sentido, véase el apartado 28 de las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-566/07, Stadeco.

²⁷ En este sentido, en el apartado 27 de las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-566/07, Stadeco, se considera que «una normativa nacional que prescribe con carácter general la sustitución de la factura errónea por una rectificadora no parece desproporcionada. Este requisito constituye, por regla general, un medio adecuado para impedir una deducción del impuesto ilícita con la ayuda de la factura original» añadiéndose a ello, en relación con la precitada hipotética incapacidad de la Administración Tributaria para comprobar la procedencia del ejercicio del derecho a deducción, que tal exigencia «Contribuye a simplificar la actuación administrativa el hecho de que las autoridades tributarias no tengan que examinar en cada caso si el destinatario de la factura no está posiblemente facultado para deducir el impuesto para evitar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales».

²⁸ En idéntico sentido, véanse las SSTJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, Genius, apartado 18; de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, Schmeink & Cofreth e Strobel, apartado 49; en las conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, Stadeco, apartado 23, así como en el apartado 35 de la STJCE de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco.

c) La inexistencia de un procedimiento específico para la regularización del IVA indebidamente mencionado en factura.

Coincidiendo necesariamente con lo expuesto en el párrafo anterior sobre la competencia de los Estados para establecer la tramitación pertinente para la regularización y en su caso devolución del IVA indebidamente mencionado en factura, es doctrina del Tribunal de Justicia que la Sexta Directiva no contiene ninguna norma al respecto, que la misma se limita a contemplar en su artículo 20 los presupuestos que han de concurrir para regularizar la deducción del IVA soportado en operaciones sujetas a tributación ²⁹.

Aunque en la sentencia se limita el análisis a la cuestión de la competencia de los Estados miembros, lo cierto es que de la confrontación de lo expuesto en la misma con los ordenamientos nacionales en materia de IVA surgen cuestiones interesantes ya sean en relación con los presupuestos del procedimiento para la regularización y devolución que en relación con los sujetos legitimados para instar los mismos.

Sobre este último aspecto, siendo cierto que la Corte de Justicia extendió en su día la legitimación activa para solicitar la regularización y devolución del IVA indebidamente mencionado en factura incluyendo, no sólo a los sujetos pasivos, sino también a los destinatarios de las operaciones –apartado 41 de la STJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken, ya visto–, no lo es menos que tal extensión tiene un carácter extraordinario –de hecho, fue concedida en tal resolución al ser el Tribunal de Justicia sabedor de que, en tal caso, la acción privada para repetir contra el sujeto pasivo sería infructuosa al encontrarse el mismo en situación de concurso– y sobre todo, que tal extensión de la legitimación no ha sido plenamente asimilada por diversos órganos jurisdiccionales nacionales –entre ellos algunos españoles como se verá–, siendo especialmente expresivo de esta circunstancia lo apuntado por la Corte di Cassazione italiana, que a este respecto, en su sentencia de 25 de octubre de 2007, número 1607, considera que es «tutta da esplorare» la posibilidad de que sea el destinatario quien actúe directamente con la Administración Tributaria para obtener la devolución del IVA indebidamente mencionada facturada y repercutida ³⁰.

Afirmada pues la competencia de los Estados miembros para establecer la correspondiente tramitación, sobre la modalidad procedimental mediante la que articula la regularización y en su caso devolución del IVA indebidamente mencionado en factura, véase el análisis al respecto en los apartados 64 a 70 de la STJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, Schmeink & Cofreth e Strobel, y especialmente el apartado 66 que recoge que «los Estados miembros pueden decidir, en particular, si dicha regularización debe producirse durante el procedimiento de liquidación del impuesto o durante un procedimiento ulterior».

²⁹ Aunque ya en el apartado 16 de la STJCE de 13 diciembre de 1989, asunto C-342/87, Genius, se insinúa tal circunstancia, es con el apartado 48 de la STJCE de 19 septiembre de 2000, asunto C-454/98, Schmeink & Cofreth e Strobel, con el que la Corte de Justicia exterioriza tal laguna de la Sexta Directiva apuntando que «la Sexta Directiva no prevé ninguna disposición sobre la regularización, por parte de quien expide la factura, del IVA indebidamente facturado. La Sexta Directiva únicamente define, en su artículo 20, los requisitos que deben cumplirse para que el beneficiario de la entrega de bienes o de la prestación de servicios pueda regularizar la deducción de los impuestos soportados». En idéntico sentido, véanse las SSTJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken, apartado 38 y de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadelco, apartado 37.

³⁰ Para una profundización sobre el estado de esta materia en el Derecho Tributario italiano véase el trabajo sobre regularización y devolución del IVA del Profesor CARINCI (CARINCI A.: «Le variazioni dell'IVA: profili sostanziali e formali», *Rivista di Diritto Tributario* volumen 6, 2000, págs. 711 a 759).

d) La doctrina del Tribunal de Justicia.

Nuevamente, tomando en consideración lo expuesto hasta ahora y atendiendo a la respuesta de la Corte de Justicia a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad neerlandés, podría concluirse que:

- El principio de neutralidad que informa el IVA exige que los Estados miembros adopten en sus ordenamientos nacionales las medidas necesarias para hacer posibles la rectificación y devolución del impuesto indebidamente mencionado en factura. Esta posibilidad de rectificación, a través de posteriores liquidaciones del IVA o en un procedimiento ulterior, no puede depender de la apreciación discrecional al respecto de la Administración Tributaria.
- En los supuestos en los que no se haya eliminado completamente, y en tiempo oportuno, el riesgo de pérdida de ingresos fiscales derivado de la posibilidad de deducir el IVA indebidamente mencionado en factura, la exigencia de emitir una factura rectificativa como condición para la regularización y en su caso devolución del impuesto es una medida adecuada y proporcional para evitar la pérdida de ingresos impositivos en este concepto, ya que en ciertas situaciones, no será siempre posible a la Administración Tributaria comprobar la procedencia del ejercicio del derecho a deducción.
- Aunque los Estados miembros estén facultados para adoptar las medidas necesarias para asegurar la exacta recaudación del IVA, éstas no pueden condicionar la regularización y devolución del IVA indebidamente mencionado en factura a requisitos que hagan imposible o excesivamente difíciles su materialización.

IV. APLICABILIDAD EN ESPAÑA

Se decía al inicio que en el sistema normativo español del IVA, a diferencia del de otros Estados miembros tales como Italia ³¹, no se encuentra una disposición que pueda ser considerada la transposición del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva. Pese a tal laguna, se antoja difícil discutir la directa aplicabilidad de este mandato comunitario en España, pues, como recuerda el Tribunal de Justicia, con la adhesión a la Comunidad Económica Europea y la entrada en vigor del Tratado se optó por aceptar e integrar en el ordenamiento jurídico nacional el acervo comunitario del que forma parte la Sexta Directiva ³².

³¹ En el artículo 21.7 del Decreto del Presidente della Repubblica de 26 de octubre de 1972, n.º 633, istituzione e disciplina dell'imposta sul Valore Aggiunto («Se viene emessa fattura per operazioni inesistenti, ovvero se nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative sono indicate in misura superiore a quella reale, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato»), siguiendo y ampliando el mandato del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva se dispone que, si viene emitida factura en la que se reflejen operaciones inexistentes o se haga mención de la contraprestación o del IVA correspondiente a la operación por un valor superior al real, será exigible el impuesto por la cuantía mencionada en factura.

³² Aún notoria, en este sentido, recuérdese cómo en la STJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra ENEL, se advertía que «A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico».

Una vez resuelta la cuestión de la aplicabilidad en España del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva por la *vía comunitaria*, podría existir no obstante una *vía nacional* para confirmar la exigibilidad del IVA indebidamente mencionado en factura. En este sentido, se hace notar que este mandato comunitario se incardina dentro de las normas que la Sexta Directiva dedica a los responsables del pago del impuesto, y aun reconociéndose las profundísimas diferencias entre uno y otro precepto, se cree que el artículo 87. Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido ³³ –en adelante, LIVA– podría tener una finalidad relativamente próxima a la del referido artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva, esto es, garantizar «que no se deducirá ningún impuesto soportado que no haya sido efectivamente abonado» ³⁴.

En efecto, con todas las cautelas que fueran pertinentes, lo que trata de exponerse es que si la finalidad del artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva es evitar el riesgo de pérdida de ingresos fiscales que pudiera derivar de la deducción de cuotas de IVA correspondiente a operaciones no sujetas a tributación, a falta de una transposición de tal precepto comunitario en la LIVA, similar objetivo podría alcanzarse –salvándose las dificultades de la exigencia de un elemento subjetivo a cuya concurrencia el art. 87.Uno LIVA supedita la responsabilidad– ³⁵ si se aplicara tal precepto en los siguientes términos: en vez de exigir el impuesto a quien indebidamente lo repercutió mencionándolo en factura, en caso de procederse incorrectamente a la deducción de tal IVA, se declararía responsable del impuesto al destinatario de la operación y beneficiario de la deducción improcedente, recuperándose de esta manera la cuota de IVA y quedándose a la espera de lo que pudiera suceder con la devolución.

Pese a lo dicho, se es consciente de que las opciones de aplicación de esta solución basada en el artículo 87.Uno de la LIVA quedarían limitadas a los supuestos lineales de repercusión y deducción indebida del impuesto, pues en aquellas otras hipótesis en las que el destinatario de las operaciones no tenga derecho a deducción del IVA –como acontece en el supuesto de autos– o no lo ejercitase, no podría hacerse responsable de la deuda tributaria del sujeto pasivo a un tercero que no ha tenido influencia alguna –por no ejercitar tal derecho a deducción– en los mecanismos de repercusión del impuesto y en el correspondiente riesgo de pérdida de ingresos fiscales.

De no considerarse esta solución, quizá cercana a un supuesto de responsabilidad casi objetiva, se reitera que en la LIVA no se contiene una disposición que permita resolver satisfactoriamente la problemática de la exigibilidad del IVA indebidamente mencionado en factura a falta de una norma que diera cobertura legal a esta cuestión en España ³⁶.

co, integrato nell' ordinamento giuridico degli stati membri all' atto dell' entrata in vigore del trattato», confirmándose así la primacía del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

³³ Véase lo dispuesto en el artículo 87. Uno de la LIVA:

«Serán responsables solidarios de la deuda tributaria que corresponda satisfacer al sujeto pasivo, los destinatarios de las operaciones que, mediante acción u omisión culposa o dolosa, eludan la correcta repercusión del impuesto».

³⁴ Conclusiones del Abogado General Kokkot en el asunto C-566/07, Stadeco, apartado 18 *in fine*.

³⁵ En este sentido, siguiendo a SALVINI, ya se advertía que la exigibilidad del IVA correspondiente a operaciones no sujetas a tributación, con la consiguiente negación del derecho a la deducción del IVA soportado, podría derivar finalmente en que su exacción se convierta en una sanción impropia, en cuya imposición no habría que tener tanto en cuenta el elemento culposo en la actuación del destinatario de la operación, elemento subjetivo que quedaría cubierto con el ilegítimo ejercicio del derecho a la deducción del IVA soportado en tales operaciones.

³⁶ En relación a un supuesto relativo al IVA devengado y soportado correspondiente a operaciones no reales, en la Resolución de la Dirección General de Tributos de 5 de julio de 2007 (Consulta vinculante V1495/2007), a la cuestión de si sería pro-

Por otra parte, respecto a la regularización y devolución del IVA indebidamente mencionado en factura, tampoco la LIVA ofrece una solución clara en relación con los procedimientos a través de los cuales deberían verificarse éstas. En descargo de la normativa española, debe decirse que no todos los ordenamientos nacionales en los que sí se contiene una disposición similar al artículo 21.1 letra c) de la Sexta Directiva resuelven esta cuestión satisfactoriamente ³⁷.

Pues bien, de acuerdo con lo visto anteriormente, a falta de una disposición comunitaria al respecto corresponde a los Estados miembros establecer el procedimiento para regularizar y en su caso devolver el IVA indebidamente mencionado en factura.

En el caso español, si se admitiera que el IVA indebidamente mencionado en factura no es exigible en ausencia de un precepto de la LIVA que le diera cobertura legal, su repercusión y posterior liquidación generaría un ingreso indebido, debiéndose entonces instar el correspondiente procedimiento de devolución previsto en el artículo 221 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –en adelante LGT– ³⁸. Esta opción ha sido contestada por LONGÁS LAFUENTE, que pone en duda incluso el carácter tributario del ingreso indebido, y en consecuencia insta a que su devolución se tramite por el procedimiento correspondiente a los ingresos de Derecho Público de naturaleza no tributaria ³⁹.

cedente rectificar las autoliquidaciones por este concepto impositivo consecuencia de tales operaciones, este centro directivo responde que «En el supuesto de que la entidad consultante haya llevado a cabo efectivamente entregas de los bienes que constituyen su objeto social, dichas entregas determinan la realización de entregas de bienes sujetas al Impuesto con independencia de la finalidad con que se realizaron, por lo que el Impuesto devengado consignado como tal en las autoliquidaciones presentadas no habrá dado lugar a la realización de ningún ingreso indebido», añadiendo en lo que interesa que «En el supuesto de que no se haya realizado ninguna entrega de bienes en el sentido del artículo 8.º uno de la Ley 37/1992 (...) y, sin embargo, se haya consignado como Impuesto devengado una cantidad que no se corresponda con ninguna operación sujeta al Impuesto, dicha cantidad habrá dado lugar a la realización de un ingreso indebido» y, en consecuencia, «la consultante podrá solicitar la devolución de dicho ingreso indebido». En otras palabras, que si se menciona el IVA en factura por una operación no sujeta al impuesto, su repercusión y posterior liquidación dará lugar a un ingreso indebido, dándose a entender así que ese IVA indebidamente mencionado en factura por la operación no sujeta no es exigible.

³⁷ Siguiendo con el ejemplo del ordenamiento italiano, resumidamente, la solución que la doctrina jurisprudencial y científica vienen afirmando es que, en los supuestos de IVA indebidamente mencionado en factura, podrá regularizarse el impuesto a través del procedimiento de variación en disminución regulado en el artículo 26. 2 del precitado DPR 633/1972, siempre que el procedimiento se inicie en el plazo de un año a computar desde que se considere efectuada la operación. No obstante, la viabilidad de este procedimiento en los supuestos de indebida mención en factura del IVA no es admitida pacíficamente, extremo que se demostraría de la confrontación de las aparentemente contradictorias sentencias de la Corte di Cassazione de 13 de marzo de 2000, número 2868, y de 28 de abril de 2000, número 5427, resoluciones cuyo análisis se omite por ser una cuestión más allá del objeto de este estudio.

Una vez transcurrido tal plazo, pero dentro del término de dos años a contar desde el pago de la correspondiente deuda tributaria en concepto de IVA, podrá solicitarse la devolución previa instancia general de reembolso prevista en el artículo 21 letra c) párrafo 2 del Decreto Legislativo de 31 de diciembre de 1992, n. 546, Disposizioni sul processo tributario (nuevamente, véanse las sentencias de la Corte di Cassazione de 13 de marzo de 2000, número 2868, y de 28 de abril de 2000, número 5427).

³⁸ La regulación de los presupuestos y el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos a que se hace mención en el artículo 221 de la LGT se contiene en los artículos 14 a 20 del Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa en materia tributaria –en adelante, RGRVA–, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. Téngase en cuenta que estos preceptos contienen diversas reglas especiales en cuanto a la legitimación para instar el procedimiento y obtener la devolución en el caso de ingresos indebidos derivados de impuestos que deban ser legalmente repercutidos como el IVA.

³⁹ Así es, aunque con referencias a la anterior normativa reguladora del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, señala LONGÁS LAFUENTE que «en base a una interpretación literal, no podrá ser de aplicación el procedimiento de devo-

En caso contrario, si se admitiera no obstante la exigibilidad de tales cuotas del impuesto dentro del sistema del IVA –se entiende sin aplicación del art. 87.Uno LIVA, que determinaría en su caso la iniciación de un procedimiento de derivación de responsabilidad–, en principio, las mismas podrían regularizarse a través del procedimiento de rectificación de las cuotas de IVA repercutidas previsto en el artículo 89.1 y 5 de la LIVA ⁴⁰, lo que significa, a la postre, regularizar el IVA indebidamente mencionado en factura a través del expediente de devolución de ingresos indebidos o mediante compensación en declaraciones-liquidaciones del impuesto.

No obstante, habría que distinguir igualmente si tales cuotas han sido indebidamente mencionadas en factura por sujetos pasivos IVA o no, pues en esta segunda hipótesis, como acertadamente apunta LONGÁS LAFUENTE, no cabría la rectificación pues «estos procedimientos se refieren a aquellos supuestos en que quien rectifica, bien las cuotas repercutidas, bien las cuotas soportadas, son sujetos pasivos del impuesto» ⁴¹.

A todo lo anterior únase que circunstancias como que el destinatario de las operaciones ostente o no derecho a deducción del IVA soportado, que se haya ejercitado o no el mismo, que se haya obtenido o no la devolución y a favor de quién, así como que se hubiese procedido en su caso a reintegrar al destinatario el IVA repercutido indebidamente, pueden hacer variar la respuesta que se pudiera dar a la cuestión de la vía procedimental para la regularización y en su caso devolución del IVA indebidamente mencionado en factura. Por ello, por sostenerse la no exigibilidad de tales cuo-

lución previsto en el artículo 9.2 del vigente Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, en cuanto que la devolución de ingresos indebidos que recoge dicho artículo, se refiere a cuotas tributarias "de repercusión obligatoria", y en el supuesto que examinamos no nos encontramos ante esta situación dada la inexistencia de dicha obligatoriedad», añadiendo que «Tampoco sería de aplicación el procedimiento previsto en los artículos 4 y siguientes del citado Real Decreto, regulador de la devolución de ingresos indebidos con carácter general, puesto que en principio sólo es aplicable a los ingresos indebidamente realizados con ocasión del pago "de las deudas tributarias", y en este caso no estamos ante una deuda tributaria, ni tampoco ante uno de los supuestos previstos en el artículo 7 del Real Decreto». En tal circunstancia, concluirá este autor que «Deberemos acudir, por tanto, a la normativa específica prevista para la devolución de los ingresos de derecho público no tributarios; aunque también podríamos considerar una interpretación más amplia de la normativa tributaria y aplicar los procedimientos anteriormente señalados» (LONGÁS LAFUENTE, A.: «STJCE 06.11.2003, Karageorgou, As. acumulados C-78/02, C-79/02 y C-80/02», Comentarios de Jurisprudencia Comunitaria del Instituto de Estudios Fiscales, 2003).

⁴⁰ Véase lo dispuesto en el artículo 89.1 y 5 de la LIVA sobre el procedimiento de rectificación en disminución de las cuotas de IVA repercutidas:

«Uno. Los sujetos pasivos deberán efectuar la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas cuando el importe de las mismas se hubiese determinado incorrectamente o se produzcan las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 80 de esta Ley, dan lugar a la modificación de la base imponible. La rectificación deberá efectuarse en el momento en que se adviertan las causas de la incorrecta determinación de las cuotas o se produzcan las demás circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años a partir del momento en que se devengó el impuesto correspondiente a la operación o, en su caso, se produjeron las circunstancias a que se refiere el citado artículo 80» (...)

«Cinco. (...) Cuando la rectificación determine una minoración de las cuotas inicialmente repercutidas, el sujeto pasivo podrá optar por cualquiera de las dos alternativas siguientes: a) Iniciar ante la Administración Tributaria el correspondiente procedimiento de devolución de ingresos indebidos. b) Regularizar la situación tributaria en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que deba efectuarse la rectificación o en las posteriores hasta el plazo de un año a contar desde el momento en que debió efectuarse la mencionada rectificación. En este caso, el sujeto pasivo estará obligado a reintegrar al destinatario de la operación el importe de las cuotas repercutidas en exceso».

⁴¹ LONGÁS LAFUENTE, A.: «STJCE 06.11.2003, Karageorgou, As. acumulados C-78/02, C-79/02 y C-80/02», Comentarios de Jurisprudencia Comunitaria del Instituto de Estudios Fiscales, 2003.

tas del impuesto dentro del sistema del IVA de acuerdo con la vigente normativa española, se cree que la solución más adecuada en tan compleja situación sería la de instar el correspondiente procedimiento de devolución de ingresos indebidos, sin poder precisarse, sino caso a caso, quién podría iniciarlo y con quién se entendería la devolución si procediera la misma ⁴².

De esta forma, finalmente, se aborda la última de las cuestiones que suscita el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-566/07, Stadeco, la relativa a la legitimación activa de los destinatarios de las operaciones en el IVA para instar los procedimientos que correspondan para la regularización y devolución del IVA indebidamente mencionado en factura.

En este sentido, el clásico esquema de la doble relación jurídica entre Administración Tributaria/sujeto pasivo IVA y sujeto pasivo IVA/destinatario de las operaciones –en el que el sujeto pasivo era el único legitimado ante la Administración Tributaria para iniciar los procedimientos y al destinatario quedaba sólo la acción privada para repetir contra éste por el IVA indebidamente repercutido– ha quedado superado ⁴³, y así, el destinatario de las operaciones no sólo está legitimado de manera excepcional para instar el expediente de devolución de ingresos indebidos como era voluntad

⁴² Aunque el análisis de los presupuestos y del procedimiento para la devolución de ingresos indebidos en materia de IVA es una cuestión que por su complejidad sobrepasa los límites de este estudio, permítase al menos apuntar algunas ideas necesarias para fundamentar las afirmaciones vertidas. Resumidamente, tras disponerse en el artículo 14.1 del RGRVA que tal procedimiento podrá instarse sea por el sujeto pasivo IVA que por el destinatario de las operaciones, el artículo 14.2 del RGRVA añade que la devolución se entenderá con este último cuando el impuesto haya sido debidamente repercutido en factura y liquidado por el sujeto pasivo, y no se haya ya devuelto ni deducido en su integridad por el destinatario. En tal circunstancia, añade el artículo 14.3 del RGRVA, éste podrá solicitar la devolución del ingreso indebido instando la rectificación de la autoliquidación mediante la que se hubiese realizado el ingreso indebido.

⁴³ No obstante, se encontrarán aún precedentes jurisprudenciales en los que no se ha interiorizado esta evolución en cuanto a la legitimación activa del destinatario de las operaciones. Se está haciendo referencia a la STS de 20 de febrero de 2007, resolución jurisprudencial en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se apunta al respecto que «A tenor de lo expuesto, podemos concluir, en sintonía con el voto Particular de la sentencia recurrida, lo que sigue: 1. Legitimado para instar la rectificación de declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones, lo es todo aquel que las formuló. 2. Titulares del derecho a la devolución lo son los sujetos pasivos o responsables y todos los obligados tributarios. Y por ser titulares de tal derecho, tienen acción para exigirlo. 3. En los casos de repercusión obligatoria de cuotas, la devolución puede ser solicitada por quien repercutió, que está, por tanto, legitimado para instar dicha devolución. Ahora bien, como regla general, la efectiva devolución –esto es, el abono de lo excesivamente ingresado–, se realizará a quien repercutió, que habrá de resarcir a quien soportó la repercusión de la cuota; pero existe una regla específica respecto del IVA, cual es, que en las condiciones señaladas por el artículo 9.º 2, las cuotas repercutidas serán devueltas directamente a quien soportó la repercusión». Evidentemente, en este fallo el Tribunal Supremo resolvió la cuestión litigiosa de acuerdo con la anterior regulación en materia de devolución de ingresos indebidos, pero, estando ya vigente el RGRVA, se echa de menos una mención a este cambio normativo.

Piénsese que en la casi contemporánea SAN de 6 de febrero de 2007 este órgano jurisdiccional fue más lejos, y no sólo se hacía eco de la que sería evolución de la regulación en materia de devolución de ingresos indebidos, sino que, realizando una interpretación sistemática del precitado Real Decreto 1163/1990, la Audiencia Nacional afirmaba la legitimación activa de los destinatarios de las operaciones para, concurriendo los presupuestos exigidos por tal norma reglamentaria, instar ellos mismos el procedimiento de devolución de ingresos indebidos sosteniéndose que «No obstante lo anterior, si llegamos, como tendremos ocasión de comprobar en este mismo FJ, a la conclusión de que efectivamente concurren todos los presupuestos reglamentariamente exigidos para calificar como procedente la devolución de un ingreso indebido a la persona que efectivamente soportó el pago de las cuotas, debemos entender legitimada a dicha persona para solicitar la correspondiente devolución, y ello, por mandato del artículo 24.1.º CE que impone a los tribunales la obligación de realizar la interpretación más favorable para el ejercicio del derecho y para el acceso al pleno control jurisdiccional de los actos administrativos, en los supuestos en los que de esa interpretación dependa el reconocimiento efectivo de un derecho».

de la Corte de Justicia ⁴⁴, sino que, como apenas se ha visto, la normativa española le confiere incluso legitimidad activa para iniciar la regularización del impuesto a través de la rectificación de la declaración-liquidación del sujeto pasivo en la que se refleje la repercusión que dio origen al ingreso indebido ⁴⁵.

Pese a ello, se reitera que éstas son novedades normativas *tutte da esplorare*, y que por ello, no hubiera estado de más que el RGRVA hubiera previsto también medidas de coordinación, e incluso soluciones, para los supuestos en que se insten por el sujeto pasivo y el destinatario de las operaciones sendos procedimientos de regularización y/o devolución que entren en conflicto.

⁴⁴ STJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-35/05, Reemtsma Cigarettenfabriken, apartado 41.

⁴⁵ Artículo 14.3 del RGRVA.

CUESTIONES A DEBATE...

NOTA SOBRE LA PONENCIA DEL PRESIDENTE DEL ICAC EN LA INAUGURACIÓN EN EL CEF DEL CURSO DE PERFECCIONAMIENTO Y ACTUALIZACIÓN CONTABLE

JOSÉ LUIS ÁLVAREZ CARRIAZO

Profesor del CEF

El pasado viernes día 6 de noviembre comenzó en el CEF el Curso de perfeccionamiento y actualización contable 2009-2010.

En la primera sesión se contó con la presencia de don José Antonio GONZÁLEZ ÁNGULO, Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), que impartió la primera ponencia del curso, dedicada a comentar la situación actual de los trabajos efectuados en el citado Instituto, en relación con el desarrollo de la reforma de la contabilidad, realizada con el plan contable de 2007, y de la auditoría.

Comentó el ponente que en la actualidad se podían clasificar dichos trabajos en dos grandes categorías:

- a) Trabajos sobre contabilidad
- b) Trabajos sobre auditoría.

Dentro de la contabilidad se podían establecer tres grandes líneas de actuación del ICAC, independientes, porque afectan a diferentes tipos de empresas:

- 1.ª Desarrollo del Plan General de Contabilidad (PGC).
- 2.ª Normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas.
- 3.ª Contabilidad de las entidades sin ánimo de lucro.

Dentro de la auditoría, el tema era único: **El proyecto de una nueva Ley de Auditoría.**

A continuación, el ponente pasó a comentar los anteriores apartados.

A) TRABAJOS SOBRE CONTABILIDAD

1.ª Desarrollo del Plan General de Contabilidad.

a) *Resoluciones del ICAC.*

Se están elaborando las resoluciones que dictan normas de valoración sobre:

- Inmovilizado material.
- Inmovilizado intangible.
- Impuestos sobre beneficios.

En las normas sobre inmovilizado, presenta particular interés el tema de la capitalización de los gastos financieros. Se espera que estas normas se aprueben y publiquen a lo largo del próximo año 2010.

En relación con las normas de desarrollo sobre instrumentos financieros, no se han elaborado todavía, porque se está pendiente de los cambios realizados y previstos en la normativa internacional, por lo que habrá que esperar hasta finales del año 2010 ó 2011 para su aprobación. La idea es simplificar su complicado tratamiento actual.

Se piensa, también, modificar dos o tres párrafos de la norma de existencias.

El ICAC sigue contestando numerosas consultas y publicando algunas en su Boletín Oficial (BOICAC). Hasta el momento hay 52 publicadas desde enero de 2008, sobre el PGC de 2007.

b) *Órdenes ministeriales.*

En relación con las normas sobre adaptaciones sectoriales del PGC, solamente se ha aprobado por Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, el *Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras*, que entró en vigor el 31 de diciembre de 2008, y que sustituye al Plan de 1997. No ha sido elaborado por el ICAC sino por el organismo que tiene competencias en el desarrollo de normas contables para este tipo de entidades, que no es otro que la Dirección General de Seguros.

La disposición final cuarta del Real Decreto 1514/2007, que aprobó el PGC, establecía el plazo de un año desde la entrada en vigor del mismo, primero de enero de 2008, para que el Ministro de Economía y Hacienda aprobara las adaptaciones sectoriales del PGC a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje y a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de aguas.

El ICAC elaboró este desarrollo sectorial, pero la norma tiene serios problemas de aprobación, debido a que en la normativa internacional sólo se pueden acumular costes en las autopistas hasta que entren en funcionamiento. En España se permitió en su día calcular un coste medio por intereses, en

el cual intervenían costes posteriores a la citada entrada en funcionamiento, y habría que eliminarlos de las inversiones, con lo que se plantearían serios problemas tanto contables como fiscales, al cargar los intereses contra reservas y luego ser deducibles en el Impuesto sobre Sociedades.

Además, se reduciría con ello el patrimonio neto, pudiendo llegar incluso a la quiebra, o la disolución obligatoria de la sociedad (art. 260 TRLSA).

No hay más desarrollos sectoriales elaborados. Únicamente se prepara una consulta para publicarla en diciembre próximo, relativa a las empresas constructoras e inmobiliarias, en relación con el cálculo del posible deterioro de sus inversiones en terrenos y construcciones.

2.ª Normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas.

El Real Decreto 1815/1991 estableció las normas para la consolidación, pero las modificaciones de la NIC 27, *Estados financieros consolidados y separados*, y de la NIIF 3, *Combinaciones de negocios*, hacen necesaria la modificación de las mismas.

Para elaborar el proyecto de un nuevo real decreto, se creó, por parte del ICAC, un grupo de trabajo que ha elaborado un borrador y que se someterá al proceso de información pública, y se aprobará previsiblemente en la primavera de 2010.

Se modificará previa y paralelamente la norma de registro y valoración 19.ª del PGC: *Combinaciones de negocios*.

Mientras tanto, el ICAC publicó una extensa nota en su página web, sin validez jurídica, relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas, según los criterios del Código de Comercio, para los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2008. Es aplicable a las cuentas de los ejercicios de 2008 y 2009.

3.ª Entidades sin ánimo de lucro.

En la actualidad se está incrementando notablemente la cantidad de cooperativas, asociaciones y fundaciones, y hay un elevado número de partidos políticos. Sin embargo, existe un déficit normativo sobre la forma de desarrollar su contabilidad.

La disposición transitoria quinta, punto 4, del real decreto que aprueba el PGC, determina que los criterios por los que se establece la delimitación entre fondos propios y fondos ajenos en las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, aprobadas por Orden del Ministerio de Economía 3614/2003, podrán seguir aplicándose hasta 31 de diciembre de 2009.

El problema fundamental consiste en que las cooperativas tienen partidas que forman parte de su capital, que según el PGC de 2007 deben considerarse como pasivo. Los cooperativistas pueden pedir la devolución del capital, y el Consejo de la Cooperativa no puede negar su devolución (algo así como las acciones rescatables a voluntad del tenedor).

Si cualquier socio, o incluso todos los socios, pueden pedir la devolución del capital, podría reducirse el patrimonio neto de la cooperativa e incluso llegar a cero, con los correspondientes problemas mercantiles, pudiendo llegar a estar en una situación de causa de disolución obligatoria.

La posible solución pasaría por incorporar a los estatutos de la cooperativa alguna cláusula que limite estas peticiones de reembolso de capital.

Según establece la Ley de Cooperativas, la competencia estatal se proyecta exclusivamente sobre las entidades que desarrollen su actividad en varias comunidades autónomas, sin tener ninguna de ellas carácter principal.

Las cooperativas de nivel provincial son reguladas por las correspondientes comunidades autónomas, de forma que en el País Vasco y Navarra ya se han realizado los correspondientes cambios en los estatutos, mientras que en las restantes comunidades todavía no.

Se pretende prolongar el criterio de la orden un año más, y elaborar un nuevo plan de cooperativas, que enlace con esta prórroga.

B) TRABAJOS SOBRE AUDITORÍA

Se trata de la elaboración de una nueva Ley de Auditoría.

Existe un proyecto de esta nueva Ley de Auditoría que sustituiría a la actualmente vigente, del año 1988, que supone la transposición a España de la Directiva comunitaria 2006/43/CE de auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Los trabajos en relación con este proyecto de ley ocupan a los dos tercios de la plantilla del ICAC, unos 40 funcionarios.

El proyecto de esta nueva ley pretende:

- Actualizar el régimen normativo de los auditores y de las auditorías de cuentas.
- Flexibilizar la estructura de las sociedades de auditoría.
- Reformular los requisitos de independencia.
- Homogeneizar los procedimientos de trabajo con los de otros países de la Unión Europea.
- Reforzar el control de la calidad de los trabajos de auditoría.
- Incidir especialmente en las auditorías de entidades de interés público.

El proyecto se encuentra muy avanzado, y se espera que esté en las Cortes en la primavera del próximo año 2010.

Esperemos que con todo lo anteriormente expuesto la contabilidad española mejore y, sobre todo, que la normativa se haga más asequible y clara para sus numerosos usuarios.

REFORMA DE LA NIC 37: BÚSQUEDA DE LA RELEVANCIA EN LA CONTABILIDAD DE PROVISIONES A TRAVÉS DE LOS CONCEPTOS

SANTIAGO IGLESIAS ESCUDERO

Técnico de Auditoría e Inspección Externa del Banco de España. Profesor de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Carlos III de Madrid

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

Extracto:

EN este artículo se presentan las principales propuestas del proyecto de modificación de la Norma Internacional de Contabilidad n.º 37 (NIC 37), que analiza las provisiones, los pasivos contingentes y los activos contingentes de una manera más coherente con el Marco Conceptual, proponiendo ciertos cambios que mejorarán la información financiera, puesto que algunos pasivos y activos que actualmente tan sólo son objeto de revelación en las notas se incluirán, tras la modificación, en el balance.

Palabras clave: NIC 37, provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes.

Sumario

I. Introducción.

II. La metodología de la NIC 37 y sus fallos.

1. El paciente: los pasivos no financieros.
2. La enfermedad: críticas a los pilares de la NIC 37.
3. Soluciones propuestas por el IASB.

III. Eliminación del término «activo contingente».

1. Remisión a la NIC 38.
2. Los derechos de reembolso permanecen en el ámbito de la NIC 37.

IV. Valoración: generalización del método de descuento de flujos de caja esperados.

V. Otras cuestiones.

1. Obligaciones implícitas y provisiones por reestructuración.
2. Distinción entre pasivo y riesgo empresarial.
3. Contratos onerosos.

VI. Conclusión.

Bibliografía.

NOTA: Este artículo es responsabilidad exclusiva del autor y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España.

I. INTRODUCCIÓN

La contabilidad de provisiones es una de las áreas más críticas de la contabilidad, principalmente por el alto grado de subjetividad que implica la valoración de situaciones de naturaleza incierta, pero también a veces por las soluciones ofrecidas por los distintos sistemas contables.

Esquemáticamente, tres son los enfoques existentes para aproximarse al problema de la contabilidad de provisiones: en primer lugar, aquel que, basado en la primacía del principio de prudencia, prescribe la contabilización de provisiones ante la identificación de cualquier eventual pérdida o riesgo previsible, reduciendo el resultado de la empresa con el espíritu de dar protección a los acreedores o de limitar la distribución de beneficios. En segundo lugar, el que entiende las normas contables como unas normas de valoración y presentación de la información financiera cuyo objetivo principal es el de servir de instrumento en la toma de decisiones de los inversores, entendiendo que toda partida de balance debe reflejar, en la medida de lo posible, el valor que un inversor pagaría para adquirir el activo o para desprenderse del pasivo en ella registrado. Y en tercer lugar, otros enfoques intermedios que establecen determinados límites en términos de probabilidad que una vez sobrepasados exigen el reconocimiento de las provisiones.

La NIC 37, Provisiones, Activos Contingentes y Pasivos Contingentes, identificada con el tercero de los enfoques, recurre a este tipo de límites tanto para determinar la existencia de una provisión como para decidir su registro en balance. Conforme a ella, nacerá una provisión si existe una obligación presente, lo que traduce la norma en que se pueda cuantificar la probabilidad de existencia de esta obligación en más de un 50%. Y en segundo lugar, no se reconocerá en balance si no es mayor del 50% la probabilidad de salida de recursos para cancelar la obligación.

Supóngase un caso, un litigio por ejemplo, en el que una empresa identifica la existencia de una obligación presente, pero en el que la probabilidad de salida de recursos se estima en torno al 50%. Si la empresa concreta esta cifra en el 51% deberá reconocer una provisión, pero si por el contrario la concreta en el 49% no la reconocerá, con los consecuentes efectos en sus resultados y en su valor patrimonial. Evidentemente, estamos ante una valoración con un cierto componente de subjetividad que ofrece la posibilidad de llevar a cabo manipulaciones contables propias de lo que se ha dado en llamar «contabilidad creativa», dañando la relevancia de los estados financieros.

Por esta y otras razones la NIC 37 está actualmente siendo objeto de un proceso de reforma que la orientará más hacia el segundo de los enfoques, proponiendo que una vez identificada la existencia de una obligación presente (aunque incierta en su cuantía o vencimiento) se registrará un pasivo cuyo valor se estimará mediante la aplicación de métodos de tipo probabilístico, como puede ser el del valor esperado o esperanza matemática.

El *International Accounting Standards Board* (IASB) se ha propuesto abordar esta reforma fundándose en la falta de coherencia constatada entre los principales conceptos tratados en la NIC 37 y algunas de las definiciones recogidas en el Marco Conceptual.

Con tal propósito, publicó en 2005 un Borrador de Modificación (BM) aún en discusión que representa un indiscutible avance en torno a las condiciones de identificación y reconocimiento de los pasivos y activos incluidos en su ámbito de aplicación. El texto analiza los «pasivos contingentes» y los «activos contingentes» de una manera más coherente con las definiciones y condiciones de reconocimiento que el Marco Conceptual establece para los pasivos y los activos. Como resultado más destacable, la NIC 37 modificada obligará a las entidades a reconocer en sus estados financieros las obligaciones que satisfagan la definición de «pasivo» recogida en el Marco Conceptual del IASB, salvo que no puedan ser valoradas con fiabilidad, mientras que la incertidumbre acerca de la cuantía o vencimiento de los beneficios económicos necesarios para cancelar esas obligaciones será objeto de reflejo en la valoración de las mismas, en lugar de influir en la decisión de si se reconocen o no.

Asimismo, en su línea de trabajo para el logro de un mayor acercamiento a corto plazo con el FASB, organismo emisor de normas contables en los Estados Unidos de América, estas propuestas emanadas del IASB también representarán un avance hacia la convergencia entre las normas internacionales y nacionales de contabilidad, aunque este proyecto no forma parte del Memorándum de Entendimiento con el FASB, plan de trabajo resultado del acuerdo entre las dos organizaciones para la reducción de diferencias entre las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera) emitidas por el IASB y los US GAAP (Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados) emitidos por el FASB.

En este trabajo se intentan analizar algunas de las deficiencias metodológicas de la NIC 37, así como ciertas incoherencias entre la Norma y el Marco Conceptual, siguiendo el hilo conductor de los trabajos llevados a cabo por el IASB en el curso de este proceso de reforma, del cual intentamos dar noticia.

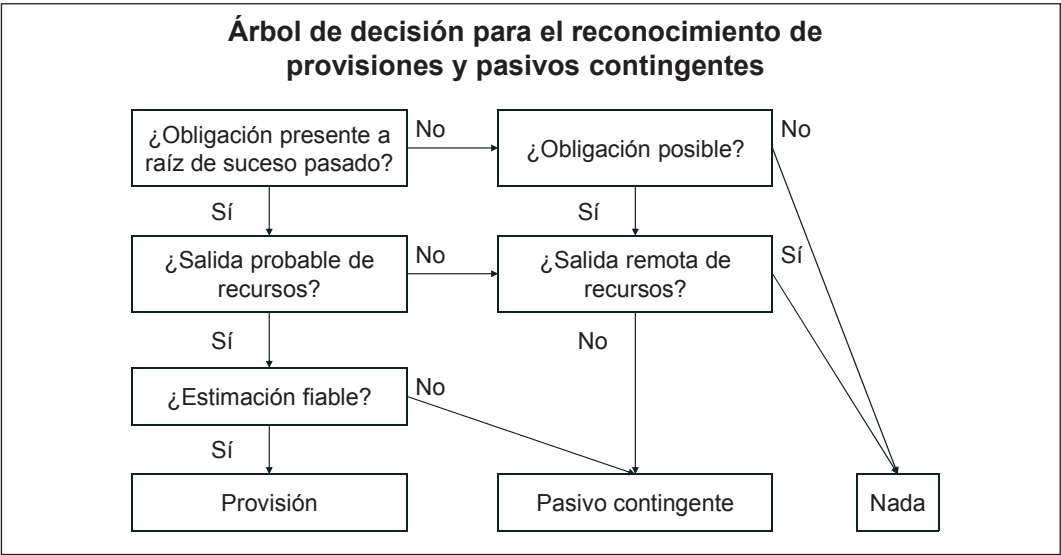
II. LA METODOLOGÍA DE LA NIC 37 Y SUS FALLOS

1. El paciente: los pasivos no financieros.

El Marco Conceptual del IASB actualmente en vigor define pasivo como *una obligación presente de la empresa, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la empresa espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos*. Por otra parte, establece dos condiciones para su reconocimiento en balance: que sea probable que del pago de esa obligación presente se derive una salida de recursos que lleven incorporados beneficios económicos y, además, que la cuantía del desembolso a realizar pueda ser evaluada con fiabilidad.

La NIC 37 incorpora en su párrafo 10 esa misma definición de pasivo. Por otra parte, define provisión como un pasivo sobre el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento, para cuyo reconocimiento requiere unas condiciones a primera vista coherentes con el Marco Conceptual, a saber, que exista una obligación presente como resultado de un suceso pasado, que sea probable que la empresa tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación y que pueda realizarse una estimación fiable del importe de la obligación.

Y seguidamente ofrece dos descripciones diferentes que llevan al concepto de pasivo contingente. En la primera de ellas se refiere a una obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada sólo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la empresa. Y en la segunda aproximación habla de una obligación presente, surgida a raíz de sucesos pasados, que no se ha reconocido contablemente bien porque no es probable que la empresa tenga que satisfacerla, desprendiéndose de recursos que incorporen beneficios económicos, bien porque el importe de la obligación no puede ser valorado con la suficiente fiabilidad.



FUENTE: NIC 37, anexo B.

2. La enfermedad: críticas a los pilares de la NIC 37.

Esta segunda definición de pasivo contingente, en la que se habla de «obligación presente», nos lleva a situaciones ciertamente criticables. En efecto, la NIC 37 requiere calificar como pasivos contingentes elementos que observan la definición de pasivo pero que no satisfacen alguna de las condiciones de reconocimiento, sin dejar reflejo por tanto en el balance ni en la cuenta de resultados, e informando únicamente en las notas de su existencia, salvo salida remota de recursos que incorporen beneficios económicos, en cuyo caso ni siquiera habría que informar en las notas.

Si nos centramos en la primera de las condiciones de reconocimiento recogidas en el Marco Conceptual (que sea probable que del pago de esa obligación presente se derive una salida de recursos que lleven incorporados beneficios económicos) que, por otra parte y como decíamos, concuerda aparentemente con las condiciones de reconocimiento de provisión en la NIC 37, debemos intentar aclarar qué significa el término «probable». Mientras que en el Marco Conceptual no se ofrece una definición con-

creta de este término¹, en el marco de la NIC 37 se ha entendido que el término probable significa «probabilidad superior al 50%»², de tal modo que una obligación presente en la que, para cancelarla, la empresa espera³ necesitar desprenderse de recursos económicos, pero con una probabilidad inferior al 50%, se considerará un pasivo contingente y no se reconocerá ningún pasivo en los estados financieros.

Esto ha dado lugar a múltiples críticas pues, efectivamente, parece bastante razonable pensar que el hecho de no reflejar un pasivo o una obligación presente de carácter «contingente» en balance, reconociendo por lo tanto unos mayores resultados en la cuenta de pérdidas y ganancias y un mayor valor patrimonial de la empresa, con la única justificación de que la probabilidad de salida de recursos se estima inferior al 50%, puede llegar a no ser muy coherente con las características cualitativas⁴ de relevancia⁵ y fiabilidad⁶ exigidas para los estados financieros por el Marco Conceptual. ¿Qué ocurre si se estima una probabilidad del 49% o del 40%?⁷, ¿no se produce ningún impacto en el valor patrimonial de la empresa ni en la cifra de resultados? Conforme a la NIC 37, la empresa no debe proceder a reconocer contablemente estas obligaciones y les dará el tratamiento previsto para los pasivos contingentes, debiendo tan sólo informar acerca de ellas en las notas a los estados financieros, salvo en el caso de que la salida de recursos que incorporen beneficios económicos tenga una probabilidad remota.

De este modo, conforme al tratamiento propuesto por la NIC 37, se estarán reconociendo como pasivos contingentes, entre otros, los «no pasivos» (obligaciones posibles), los pasivos sobre los que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento (definición de provisión) que no cumplen la condición de salida probable de recursos y también aquellos pasivos que no presentan ninguna incertidumbre respecto de su cuantía o vencimiento (no son provisiones) pero en los que la probabilidad de salida de recursos es inferior al 50%.

¹ El párrafo 85 del Marco Conceptual se limita a asociar el concepto de probabilidad al grado de incertidumbre con que los beneficios económicos futuros llegarán o saldrán de la empresa, teniendo en cuenta el entorno en el que opera ésta y midiendo esa incertidumbre a partir de la evidencia disponible, pero sin dar ningún tipo de orientación cuantitativa.

² La Norma dice exactamente «mayor posibilidad de que se presente (la salida de recursos) que de lo contrario». El párrafo 23 de la Norma determina que «para reconocer un pasivo no sólo debe existir la obligación presente, sino también la probabilidad de que haya una salida de recursos, que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación. Para los propósitos de esta Norma, afirma, la salida de recursos u otro suceso cualquiera se considerará probable siempre que haya mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario, es decir, que la probabilidad de que un evento ocurra sea mayor que la probabilidad de que no se presente en el futuro». Aclara además en una nota a pie de página que esta interpretación del término «probable» no es necesariamente de aplicación a otras Normas Internacionales de Contabilidad.

³ Además, en alguna de las más recientes discusiones (mayo de 2006), el IASB ha aclarado que la palabra «espera» utilizada en la definición de pasivo no tiene la intención de sugerir que deba existir un determinado grado de certidumbre acerca de la salida futura de recursos que incorporen beneficios económicos para satisfacer la definición de pasivo.

⁴ Las características cualitativas son los atributos que hacen útil, para los usuarios, la información suministrada en los estados financieros. De entre ellas, el Marco Conceptual destaca la comprensibilidad, la relevancia, la fiabilidad y la comparabilidad.

⁵ Para ser útil, la información recogida en los estados financieros deberá ser relevante para la toma de decisiones por parte de los usuarios. Y será relevante cuando ejerza influencia sobre las decisiones económicas de éstos, ayudándoles a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente. Esta influencia en las decisiones está íntimamente relacionada con el concepto de materialidad o importancia relativa, de tal modo que la información es material o tiene importancia relativa cuando su omisión pueda influir en las decisiones económicas de los usuarios.

⁶ Para ser útil, la información también deberá ser fiable, lo que implica que esté libre de sesgo o prejuicio, es decir, que sea neutral. Algo difícilmente conciliable en la práctica con la valoración subjetiva que la propia empresa deberá realizar de la probabilidad de salida de recursos.

⁷ Sobre el elevado componente de subjetividad en la determinación de los pasivos contingentes y las provisiones véase MORENO FERNÁNDEZ, R. (2008) «La subjetividad de los pasivos contingentes y provisiones en la actual NIC 37». En *Técnica Contable*, número 708, páginas 73 a 82, mayo 2008.

Provisiones	Pasivos inciertos en cuantía y/o vencimiento	Pasivos
Pasivos Contingentes	Pasivos no registrados por: • No ser probable la salida de recursos • Estimación no fiable	
		Obligaciones posibles (No Pasivos)

3. Soluciones propuestas por el IASB.

Ante tales críticas, el IASB se ha propuesto dar una respuesta a este problema y a otras cuestiones adicionales con la publicación en 2005 del BM de la NIC 37⁸ que previsiblemente desembocará en un documento definitivo en 2010 y que obligará a las entidades, entre otros aspectos, a reconocer en sus estados financieros las obligaciones que satisfagan la definición de «pasivo»⁹ recogida en el Marco Conceptual del IASB, salvo que no puedan ser valoradas con fiabilidad¹⁰. De este modo, el proyecto abandona los términos de «provisión»¹¹ y de «pasivo contingente» para incorporar todas las provisiones y parte de los pasivos contingentes en el concepto único de «pasivo». Así, con el objeto de clarificar que la NIC 37 modificada habría de aplicarse, salvo excepciones¹², a todos los pasivos no financieros no cubiertos por otra Norma, el IASB propuso inicialmente la sustitución del término provisión por el de pasivo no financiero, que incluiría las partidas previamente calificadas como provisiones¹³ así como ciertos pasivos contingentes. Pero, posteriormente y tras algunas discusiones, se decidió sustituir el término de pasivo no financiero por el de pasivo.

⁸ El texto completo del BM de la NIC 37 (*Exposure Draft of Proposed Amendments to IAS 37 Provisions Contingent Liabilities and Contingent Assets and IAS 19 Employee Benefits*) puede consultarse en el sitio web <http://www.iasb.org>, donde también están disponibles los comentarios realizados y las discusiones celebradas en el seno del IASB desde su publicación.

⁹ Existe un proyecto de modificación del Marco Conceptual que incluye, entre otros aspectos, una nueva definición de pasivo, según la cual un pasivo de una empresa sería una obligación económica presente en la que la empresa es el obligado.

¹⁰ El recurso a las estimaciones requiere que se lleven a cabo juicios basados en la información fiable disponible más reciente. Es más, para que una partida pueda ser objeto de reconocimiento el Marco Conceptual del IASB exige que pueda ser valorada con fiabilidad, de tal modo que si estas estimaciones no pudieran realizarse de forma fiable los activos, pasivos, ingresos y gastos no podrían reconocerse en los estados financieros, lo cual es absolutamente coherente con lo dispuesto en el Borrador.

¹¹ Como señalábamos anteriormente, la NIC 37 define el término provisión como un pasivo sobre el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento y se reconocerá en los estados financieros cuando se den las tres siguientes condiciones: (1) que la empresa tenga una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado; (2) que sea probable que la empresa tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación; y (3) que pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.

¹² El ámbito de aplicación del Borrador abarca todos los pasivos no financieros, excepto: a) aquellos que se deriven de los contratos pendientes de ejecución, salvo cuando el contrato sea oneroso; y b) aquellos cubiertos por otra Norma. Los contratos pendientes de ejecución son aquellos en los que las partes no han cumplido ninguna de las obligaciones a las que se comprometieron o bien que ambas partes han ejecutado parcialmente, y en igual medida, sus compromisos. Por tanto, este Borrador, al igual que la Norma, no se aplica a los contratos pendientes de ejecución, salvo que tengan carácter oneroso para la empresa, es decir, que los costes inevitables de cumplir con las obligaciones que conlleva excedan a los beneficios económicos que se esperan recibir del mismo.

¹³ No obstante esta sustitución, las entidades pueden calificar como provisiones, dentro de sus estados financieros, a algunos de sus pasivos.

Conforme al BM, la incertidumbre acerca de la cuantía o vencimiento de los beneficios económicos necesarios para cancelar una obligación será objeto de reflejo en la valoración de la misma, en lugar de influir en la decisión de si se reconoce o no. Asimismo, abandona la condición de reconocimiento que exige que sea probable que la empresa tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar una obligación¹⁴. Entendemos, al igual que el IASB, que estos cambios mejorarán la información financiera, puesto que algunos pasivos que actualmente tan sólo son objeto de revelación en las notas se incluirán, tras la modificación, en el balance. Éste es el caso, por ejemplo, de los pasivos contingentes que, constituyendo obligaciones presentes, no cuentan con una probabilidad de salida de recursos superior al 50%.

En efecto, el BM tiene como objetivo establecer los principios para el reconocimiento, valoración y revelación de los llamados inicialmente pasivos no financieros, obligando a las entidades a reconocer los pasivos no cubiertos por otra Norma, salvo que no puedan ser valorados con fiabilidad, así como a revelar información suficiente para permitir a los usuarios de los estados financieros entender la magnitud y naturaleza de las obligaciones no financieras y la incertidumbre relacionada con las salidas futuras de recursos que incorporen beneficios económicos necesarios para cancelarlas.

EJEMPLO 1:

Obligación presente resultado de sucesos pasados:

Una empresa contaminante dedicada a la extracción de petróleo no limpia sus residuos al no exigirlo la legislación vigente, pero existe un proyecto de ley que tendrá carácter retroactivo y cuyo texto se prevé será aprobado por las Cortes. ¿Existe una obligación presente resultado de sucesos pasados?

Sí. El suceso pasado viene dado por la presentación del proyecto de ley que cuenta con el apoyo de las Cortes y que exigirá la limpieza de los residuos con carácter retroactivo. La empresa tiene una obligación presente de limpiar los residuos y deberá reconocer el correspondiente pasivo. Además, la incertidumbre acerca de la cuantía de los beneficios económicos necesarios para cancelar la obligación será objeto de reflejo en su valoración.

Respecto de la primera de las definiciones de pasivo contingente (*obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada sólo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro*), resulta interesante que, aparte de proponer la eliminación del término pasivo contingente, el BM utiliza el concepto de contingencia para referirse a la incertidumbre sobre el importe necesario para cancelar una obligación, en lugar de

¹⁴ El Borrador, con la intención de ser coherente con las modificaciones propuestas para los pasivos contingentes, suprime el punto relativo a la probabilidad de salida de recursos. De este modo, toda partida que cumpla la definición de pasivo recogida en el Marco Conceptual se registrará como tal, salvo que no pueda ser valorada con fiabilidad. En muchos casos, aunque existe incertidumbre acerca de la cuantía o vencimiento de los recursos necesarios para cancelar una obligación, hay poca o ninguna incertidumbre acerca de que su cancelación conllevará alguna salida de recursos económicos.

referirse a la incertidumbre sobre la existencia misma de la obligación. En este sentido, señala que un pasivo cuyo importe de cancelación sea contingente, dependiendo de la realización, o no, de uno o más sucesos futuros inciertos, deberá ser reconocido como tal, al considerar que satisface la definición de pasivo recogida en el Marco Conceptual, independientemente de la probabilidad de producirse (o de no producirse) esos sucesos futuros.

Pero, ¿cómo se engrana todo esto? Entiende el IASB, en efecto, que la contingencia no se refiere a la existencia o no de una obligación incondicional, sino a uno o más sucesos futuros que afectan al importe necesario para cancelar la obligación. Y así, se introduce una nueva forma de analizar esas partidas anteriormente consideradas como pasivos contingentes, entendiendo que pueden ser descompuestas en dos obligaciones: una obligación incondicional que da lugar a un pasivo y una obligación condicional que determinará el importe necesario para su cancelación.

Los pasivos para los que el importe de cancelación resulta contingente, dependiendo de uno o más sucesos futuros inciertos, se denominan a veces obligaciones previstas ¹⁵, puesto que la empresa tiene una obligación incondicional de estar preparada para cumplir con la obligación condicional si acontecen (o no acontecen) ciertos sucesos futuros inciertos.

EJEMPLO 2:

Obligación prevista:

Una empresa vende sus productos ofreciendo una garantía de reparación o sustitución en caso de defectos por un periodo de tres años. ¿Se trata de una obligación prevista?

Sí. El vendedor tendría dos obligaciones:

- Una obligación incondicional de estar preparado para reparar o sustituir el producto, y
- Una obligación condicional de reparar o sustituir el producto si resultara defectuoso.

El pasivo sería la obligación incondicional de prestar un servicio que daría lugar a una salida de recursos, es decir, el vendedor reconocería un pasivo por la obligación incondicional de prestar la garantía y, por otra parte, la incertidumbre asociada a si el producto debería ser o no ser reparado o sustituido (la obligación condicional) se reflejaría en la valoración del pasivo.

Con todas estas puntualizaciones, como señalábamos, muchas partidas que anteriormente eran consideradas como pasivos contingentes en los estados financieros de las entidades pasarán a reconocerse como pasivos (salvo que no puedan ser valoradas con fiabilidad) al satisfacer la definición de pasivo recogida en el Marco Conceptual.

¹⁵ El Borrador las denomina *stand ready obligations* y explica que en algunos casos existen pasivos en las empresas a pesar de que el importe necesario para cancelarlos pueda ser contingente o condicional en cuanto a la ocurrencia o no ocurrencia de uno o más eventos inciertos en el futuro. En estos casos, añade, las empresas tienen dos obligaciones, una obligación incondicional y otra condicional.

En definitiva, la intención del BM con estas modificaciones es la de aclarar que sólo las obligaciones presentes, y no las posibles, dan lugar a pasivos, y que los pasivos surgen solamente de obligaciones incondicionales. Además, quiere que se refleje en la valoración de los pasivos la incertidumbre relativa a sucesos futuros que puedan afectar al importe necesario para su cancelación.

Durante ciertas discusiones más recientes, el IASB aclaró que una obligación prevista es un pasivo y no un riesgo empresarial y que, consecuentemente, debe existir una obligación presente para que una partida pueda ser descrita como una obligación prevista, explicando que el término obligación prevista describe situaciones en las que existe incertidumbre acerca del importe necesario para cancelar una obligación presente e insistiendo en que una obligación prevista no implica incertidumbre sobre la propia existencia de la obligación presente.

III. ELIMINACIÓN DEL TÉRMINO «ACTIVO CONTINGENTE»

Siguiendo un razonamiento muy similar al expuesto para los pasivos contingentes, el BM propone la eliminación del término activo contingente. En efecto, el Marco Conceptual define activo como *un recurso controlado por la entidad como resultado de sucesos pasados, del que la entidad espera obtener, en el futuro, beneficios económicos*¹⁶, mientras que la NIC 37 define activo contingente como *un activo posible, surgido a raíz de sucesos pasados, y cuya existencia ha de ser confirmada por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la empresa*.

Al definirse los activos contingentes como activos posibles, éstos no observan la definición de activo recogida en el Marco Conceptual por lo que, conforme a la Norma, la empresa debe abstenerse de reconocer en los estados financieros cualquier activo de carácter contingente. No obstante, debe informar en las notas sobre la existencia de los mismos, siempre y cuando sea probable¹⁷ la entrada de beneficios económicos por esta causa. Evidentemente, cuando la realización del ingreso sea prácticamente cierta, los activos relacionados no son de carácter contingente, y su reconocimiento en los estados financieros resulta apropiado.

El BM, de forma análoga al caso de los pasivos contingentes, considera que los activos solamente surgen de derechos incondicionales o no contingentes. Y eso es así porque un derecho condicional a recibir beneficios económicos futuros no es un recurso controlado por la empresa. Por lo tanto, un activo (derecho incondicional) no puede ser contingente, y un derecho que es contingente o condicional en base a la ocurrencia o no ocurrencia de un suceso futuro no da lugar, por sí mismo, a un activo.

Así, propone el IASB la eliminación del término activo contingente y utiliza el término contingencia para referirse a la incertidumbre sobre el importe de los beneficios económicos futuros incorporados al activo, en lugar de referirse a la incertidumbre sobre la existencia del activo. La intención del BM con esta modificación es, en efecto, la de aclarar que sólo los recursos actualmen-

¹⁶ El proyecto de modificación del Marco Conceptual también incluye una nueva definición de activo, según la cual un activo de una empresa sería un recurso económico presente sobre el que la empresa tiene un derecho u otro acceso que no poseen terceras partes.

¹⁷ Recordemos que en el marco de la NIC 37 se ha entendido que el término probable significa «probabilidad superior al 50%».

te controlados por la entidad como resultado de sucesos pasados dan lugar a activos, y que los activos surgen únicamente de derechos incondicionales.

En definitiva, también en este caso, muchas partidas contables que anteriormente eran consideradas como activos contingentes en los estados financieros de las entidades, pasan a reconocerse como activos (salvo que no puedan ser valorados con fiabilidad) al satisfacer la definición de activo recogida en el Marco Conceptual. Y ello es así porque la contingencia no se refiere a la existencia o no de un derecho incondicional, sino a uno o más sucesos futuros que afectan al importe de los beneficios económicos futuros incorporados al activo.

1. Remisión a la NIC 38.

Además, las partidas que anteriormente eran consideradas como activos contingentes pero que satisfacen la definición de activo recogida en el Marco Conceptual, pasarían a entrar dentro del ámbito de aplicación de la NIC 38, Activos Intangibles, salvo los derechos de reembolso, que permanecerían bajo el ámbito de la NIC 37.

Aunque el tema de los activos contingentes no ha sido aún tratado en el proceso de discusión que actualmente se está desarrollando en el seno del IASB, el BM ya se ha pronunciado en el sentido de que sería más lógico encuadrar en el marco de la NIC 38, Activos Intangibles, la discusión relativa a estos activos, puesto que tales elementos podrían definirse como activos no monetarios sin apariencia física y, por lo tanto, si fueran identificables¹⁸ deberían, por definición¹⁹, calificarse como activos intangibles.

No obstante, la inclusión dentro del ámbito de aplicación de la NIC 38 de activos intangibles que surgen de derechos incondicionales y vienen acompañados de derechos condicionales y no han sido adquiridos en una transacción, podría presentar ciertas dificultades ante unas condiciones de reconocimiento que exigen unos mínimos bastante elevados, a saber, que sea probable que los beneficios económicos futuros atribuidos al activo fluyan a la entidad y que el coste del activo pueda ser valorado de forma fiable.

2. Los derechos de reembolso permanecen en el ámbito de la NIC 37.

La NIC 37 señala que, en el caso de que la empresa espere que una parte o la totalidad del desembolso necesario para liquidar una provisión le sea reembolsado por un tercero, tal reembolso será objeto de reconocimiento cuando, y sólo cuando, sea prácticamente segura su recepción si la empresa cancela la obligación objeto de la provisión. El reembolso, en tal caso, debe ser tratado como un activo independiente y el importe reconocido no debe exceder al importe de la provisión.

El BM, siendo coherente con las modificaciones propuestas para los activos contingentes, propone que si una empresa contara con un derecho incondicional de reembolso, ese derecho debería reconocerse como un activo, salvo que no pudiera ser valorado con fiabilidad.

¹⁸ Un activo es identificable si es separable (susceptible de ser escindido de la entidad y vendido o cedido por cualquier otra vía) o si surge de derechos contractuales o legales.

¹⁹ La NIC 38, Activos Intangibles, define activo intangible como un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física.

IV. VALORACIÓN: GENERALIZACIÓN DEL MÉTODO DE DESCUENTO DE FLUJOS DE CAJA ESPERADOS

La NIC 37 establece que el importe a reconocer por una provisión debe ser la mejor estimación, en la fecha de balance, del desembolso necesario para cancelar la obligación presente. Y conforme a la Norma, la mejor estimación del desembolso necesario para cancelar la obligación presente vendrá constituida por el importe, evaluado de forma racional, que la empresa tendría que pagar para cancelar la obligación en la fecha de balance o para transferirla a un tercero en esa fecha. Y ello considerando toda evidencia disponible (juicio de la gerencia, experiencia, informes, sucesos tras la fecha de cierre, etc.). En el mismo sentido se pronuncia el BM, coincidiendo en que la mejor estimación vendrá constituida por el importe que racionalmente pagaría la empresa para cancelar la obligación presente o para transferirla a un tercero en la fecha de balance. Tanto la Norma como el BM se refieren a dos importes, el necesario «para cancelar» y el necesario «para transferir» la obligación. ¿Quiere esto decir que existen dos alternativas de valoración diferentes?, ¿cuál de los dos importes, en caso de ser diferentes, debería registrar la empresa? Ante tales cuestiones, el IASB ha resuelto que si ambos importes fueran diferentes, la entidad *racionalmente* pagaría el más bajo de los dos, por lo que sería ése el que correspondería a la mejor estimación del desembolso necesario para cancelar la obligación.

Por otra parte, la NIC 37 establece que en el caso de que la provisión que se deba valorar se refiera a una población importante de casos individuales, la obligación presente se estimará promediando todos los posibles desenlaces por sus probabilidades asociadas, es decir, en base al método estadístico del valor esperado o esperanza matemática. Pero cuando se valore una obligación aislada, la mejor estimación de la deuda puede venir constituida por el desenlace individual que resulte más probable. No obstante, afirma la Norma, también en este caso la empresa considerará otros desenlaces posibles. En el caso de que los otros desenlaces posibles sean, o bien mucho más caros, o mucho más baratos que el desenlace más probable, la mejor estimación puede ser por una cuantía mayor o menor, respectivamente, que la correspondiente a éste.

El BM señala que, aunque el método estadístico del valor esperado es la base para la valoración de estos pasivos referidos a poblaciones importantes de casos individuales similares, la Norma establece que la mejor estimación para el caso de obligaciones aisladas podrá venir constituida por el desenlace individual que resulte más probable. Y el BM considera que, en estos casos, la estimación en base al desenlace individual más probable podría no ser coherente con el objetivo de valoración de la NIC 37, por lo que afirma que el método de flujos de caja esperados puede ser la base adecuada para la valoración de pasivos, tanto en los casos de poblaciones importantes de casos individuales como en los de obligaciones aisladas. Y defiende que esto es así porque ése es el método que, probablemente, utilizaría la empresa para calcular el importe que estaría dispuesta a desembolsar para cancelar la obligación o para transferirla a un tercero en la fecha de balance.

Lógicamente y conforme al BM, cuando una empresa valore un pasivo utilizando un método de estimación basado en flujos de caja futuros, deberá descontar esos flujos ²⁰ utilizando un tipo (o tipos) de descuento antes de impuestos que refleje el valor del dinero en el tiempo conforme a las

²⁰ El cálculo del importe necesario para cancelar o transferir una obligación presente se refiere a la fecha de valoración (fecha de balance) y no a la fecha futura de cancelación, como se llegó a interpretar tras la nueva redacción del Borrador (Importe que racionalmente pagaría la empresa para cancelar una obligación presente o para transferirla a un tercero en la fecha de balance).

evaluaciones que realiza el mercado en ese momento y a los riesgos específicos asociados al pasivo. Además, el tipo de descuento no deberá reflejar los riesgos que hayan sido ya objeto de ajuste al hacer las estimaciones de los flujos de caja futuros.

V. OTRAS CUESTIONES

1. Obligaciones implícitas y provisiones por reestructuración.

En la Norma se define una obligación implícita como aquella obligación *que se deriva de las actuaciones de la propia empresa, en la que: a) debido a un patrón establecido de comportamiento en el pasado, a políticas empresariales que son de dominio público o a una declaración real suficientemente concreta, la entidad haya puesto de manifiesto ante terceros que está dispuesta a aceptar cierto tipo de responsabilidades; y b) como consecuencia de lo anterior, la empresa haya creado una expectativa válida ante aquellos terceros con los que debe cumplir sus compromisos o responsabilidades.*

Con el objeto de ser coherente con las anteriores cuestiones, el proyecto modifica la definición de obligación implícita para aclarar que no es suficiente con la creación de una expectativa por parte de la empresa, sino que aquélla solamente aparece si existe una obligación presente, es decir, si las actuaciones de la empresa han generado ante terceros expectativas válidas en virtud de las cuales esos terceros pueden razonablemente contar con el cumplimiento por parte de la entidad de sus responsabilidades, puesto que a ésta no le queda, de una manera realista, más opción que cumplir con su obligación. En efecto, las meras decisiones de la dirección de la empresa o sus intenciones de incurrir en salidas de recursos que lleven incorporados beneficios económicos no son, por sí mismas, suficientes para justificar el reconocimiento de un pasivo.

Asimismo, en relación a las provisiones por reestructuración, el BM abandona el detallado tratamiento que ofrece la NIC 37 orientado a determinar cuándo aparece una obligación implícita por motivo de reestructuración y, simplificándolo enormemente, afirma que un pasivo por costes de reestructuración se reconoce únicamente si cumple la definición de pasivo, con independencia de que esos costes se deriven de una reestructuración o no.

2. Distinción entre pasivo y riesgo empresarial.

El IASB ha afirmado durante las últimas discusiones que la existencia de una obligación presente permite distinguir un pasivo de un riesgo empresarial, subrayando que un pasivo existe cuando la empresa tiene la obligación o responsabilidad de actuar de un determinado modo ante un tercero y existe, además, con independencia de cualquier suceso futuro. Por otra parte, explica que una salida potencial de recursos que incorporen beneficios económicos no permite distinguir un pasivo de un riesgo empresarial, puesto que ambos pueden dar lugar a una salida de recursos y un riesgo empresarial puede incluso dar lugar a una entrada de recursos. De este modo, el IASB considera necesario poner énfasis en que una obligación implícita reconocida es un pasivo y no un riesgo empresarial.

3. Contratos onerosos.

Como señalábamos anteriormente, el ámbito de aplicación del BM abarca todos los pasivos no financieros excepto, de una parte, aquellos que se deriven de los contratos pendientes de ejecución, salvo cuando el contrato sea oneroso y, de otra, aquellos cubiertos por otra Norma. Y los contratos pendientes de ejecución son aquellos en los que las partes no han cumplido ninguna de las obligaciones a las que se comprometieron o bien en los que ambas partes han ejecutado parcialmente, y en igual medida, sus compromisos. En efecto, este BM, al igual que la Norma, no se aplica a los contratos pendientes de ejecución, salvo que tengan carácter oneroso para la empresa, es decir, que los costes inevitables de cumplir con las obligaciones que conlleva, excedan a los beneficios económicos que se esperan recibir del mismo. Pero el BM va más allá y aclara que si un contrato tiene la característica de devenir oneroso como consecuencia de una actividad de la empresa, el pasivo no debe reconocerse hasta que ésta lleve a cabo dicha actividad.

VI. CONCLUSIÓN

El BM de Modificación de la NIC 37 analiza las provisiones, los pasivos contingentes y los activos contingentes de una manera más acorde al Marco Conceptual, proponiendo ciertos cambios que mejorarán la información financiera, puesto que algunos pasivos y activos que actualmente tan sólo son objeto de revelación en las notas se incluirán, tras la modificación, en el balance.

El proyecto abandona los términos de «provisión» y de «pasivo contingente» para incorporar todas las provisiones y parte de los pasivos contingentes en el concepto único de «pasivo», de tal modo que las entidades deberán reconocer en sus estados financieros las obligaciones que satisfagan la definición de «pasivo» recogida en el Marco Conceptual, salvo que no puedan ser valoradas con fiabilidad, mientras que la incertidumbre acerca de la cuantía o vencimiento de los beneficios económicos necesarios para cancelar esas obligaciones será objeto de reflejo en la valoración de las mismas, en lugar de influir en la decisión de si se reconocen o no. Asimismo, abandona la condición de reconocimiento que exige que sea probable que la empresa tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar una obligación.

El BM utiliza el concepto de contingencia para referirse a la incertidumbre sobre el importe necesario para cancelar una obligación, en lugar de referirse a la incertidumbre sobre la existencia misma de la obligación e introduce una nueva forma de analizar los hasta ahora llamados pasivos contingentes, entendiendo que pueden ser descompuestos en dos obligaciones: una obligación incondicional que da lugar a un pasivo y una obligación condicional que determinará el importe necesario para su cancelación. Así, los pasivos para los que el importe de cancelación resulta contingente, dependiendo de uno o más sucesos futuros inciertos, se denominarán obligaciones previstas, puesto que la empresa tiene una obligación incondicional de estar preparada para cumplir con la obligación condicional si acontecen ciertos sucesos futuros inciertos.

Siguiendo un razonamiento muy similar al expuesto para los pasivos contingentes, se propone la eliminación del término activo contingente, al considerar que los activos solamente surgen

de derechos incondicionales o no contingentes, y se utiliza el término contingencia para referirse a la incertidumbre sobre el importe de los beneficios económicos futuros incorporados al activo, en lugar de referirse a la incertidumbre sobre la existencia del activo. También en este caso, muchas partidas contables anteriormente consideradas como activos contingentes pasarán a reconocerse como activos, salvo que no puedan ser valorados con fiabilidad, al satisfacer la definición de activo recogida en el Marco Conceptual, pero entrarán dentro del ámbito de aplicación de la NIC 38, Activos Intangibles, salvo los derechos de reembolso, que permanecerán bajo el ámbito de la NIC 37.

Finalmente, el BM generaliza el método estadístico del valor esperado para la valoración tanto de pasivos referidos a poblaciones importantes de casos individuales similares, como de obligaciones aisladas, puesto que ése es el método que, probablemente, utilizarían las empresas con el objeto de calcular el importe que estarían dispuestas a desembolsar para cancelar sus obligaciones o para transferirlas a un tercero.

Diferencias entre la NIC 37 y el Borrador de Modificación.

NIC 37		BORRADOR NIC 37	
Provisión (En balance)	• Pasivo incierto en cuantía y/o vencimiento. • Reconocimiento: 1.º Obligación presente. 2.º Salida probable de recursos. 3.º Estimación fiable. • Valoración: – En población importante de casos individuales, por el valor esperado actualizado. – En obligación aislada, por el desenlace individual más probable (admite ajustes).	• Pasivo incierto en cuantía y/o vencimiento. • Reconocimiento: 1.º Obligación presente. 2.º Fiable. • Valoración: – Valor esperado actualizado.	Pasivo (En balance, salvo estimación no fiable)
Pasivo Contingente (En notas)	Pasivos no registrados por: • No ser probable la salida de recursos. • Estimación no fiable. «No pasivos» (obligaciones posibles) a confirmar por hechos futuros.	Obligaciones previstas (con obligación incondicional)	
Activo Contingente (En notas)	Activos posibles (entrada probable de beneficios) a confirmar por hechos futuros.	Remisión a la NIC 38, si cumple la definición de activo (con obligación incondicional)	Activo (intangible) (En balance)
Activo (En balance)	Derechos de reembolso, si la recepción es prácticamente segura.	Derechos de reembolso, si la recepción es incondicional.	Activo (En balance)
Obligaciones Implícitas	Expectativa creada por la empresa de que va a cumplir con un compromiso.	Obligación creada por la empresa, exigible por terceros.	Obligaciones Implícitas

Bibliografía

- BARDEN, P. [2008]: «IGAAP 2009: a guide to IFRS reporting». 2nd Edition. Deloitte-Lexis Nexis.
- BARROSO, C. [2009]: «La Revolución de las NIIF». En *Técnica Contable*, número 722, páginas 14 a 38, septiembre 2009.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, J. [2007]: «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes [NIC 37]». En *Técnica Contable*, número 695, páginas 19 a 28, marzo 2007.
- CAÑIBANO CALVO, L. y MORA ENGUÍDANOS, A. [2006]: *Las Normas Internacionales de Información Financiera: análisis y aplicación*. Thomson.
- CORONA ROMERO, E. (coord.) [2006]: *Aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad*. 2.ª edición. CISS.
- EPSTEIN, B. J. y JERMAKOWICZ, E. K. [2008]: IFRS 2008. «Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards». Wiley.
- FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB) [1995]: *The FASB Cases on Recognition and Measurement*. 2nd Edition. John Wiley & Sons.
- FRANCIS LEFEBVRE [2006]: *Memento Normas Internacionales de Contabilidad 2006-2007*.
- GARCÍA MARTÍNEZ, F. [2007]: «Provisiones, contingencias, retribuciones y pagos según el borrador del PGC». En *Técnica Contable*, número 697, páginas 22 a 27, mayo 2007.
- GARCÍA TABUYO, M. y HARO PÉREZ, J. [2007]: «NIC 37: Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes». En *Partida Doble*, número 184, páginas 76 a 90, enero 2007.
- GONZÁLEZ BETANCORT, B. [2007]: «Contenido del borrador de modificación de la NIC 37 Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes». En *Técnica Contable*, número 695, páginas 29 a 34, marzo 2007.
- INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB) [2008]: «International Financial Reporting Standards (IFRSs).
- [2005]: «Exposure Draft of Proposed Amendments to IAS 37 Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets and IAS 19 Employee Benefits». En sitio en Internet, <http://www.iasb.org>.
- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC): en Internet, <http://www.icac.meh.es>.
- KPMG [2007]: *Las NIIF Comentadas: Guía Práctica de KPMG para Comprender las Normas Internacionales de Información Financiera*. 2.ª edición. Thomson.
- KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft [2008]: *IFRSs: a visual approach*. 3rd edition. Palgrave Macmillan.
- KPMG International Financial Reporting Group [2007]: *Insights into IFRS: KPMG's Practical Guide to International Financial Reporting Standards*. 4th Edition, 2007/8. Thomson.
- MALLO, C. y PULIDO, A. [2006]: *Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF)*. 2.ª edición. Thomson Paraninfo.
- MORENO FERNÁNDEZ, R. [2008]: «La subjetividad de los pasivos contingentes y provisiones en la actual NIC 37». En *Técnica Contable*, número 708, páginas 73 a 82, mayo 2008.
- ORY AJAMIL, M. [2007]: *Análisis de las Normas Internacionales de Contabilidad*. Ed. Manuel de Ory Ajamil.
- TÚA PEREDA, J. [2006]: «Ante la reforma de nuestro ordenamiento: nuevas normas, nuevos conceptos. Un ensayo». En *Revista de Contabilidad*, volumen 9, número 18, páginas 145-175.

LAS CUENTAS ANUALES Y EL PLAN DE ACTUACIÓN PARA LAS FUNDACIONES TRAS LA REFORMA CONTABLE

ANA MORALES GUERRERO

M.^a CRISTINA DE MIGUEL BILBAO

*Profesoras del Departamento de
Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid*

Extracto:

Los cambios habidos en la normativa contable tras la aprobación de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base a la normativa de la Unión Europea no sólo va a afectar a las entidades mercantiles, sino que también tiene una incidencia directa en las entidades no lucrativas, dentro de las cuales se encuentran las fundaciones.

En el presente trabajo se ha tratado de analizar cuál ha sido la evolución en las exigencias contables de las fundaciones según las Leyes 30/1994 y 50/2002, así como su adaptación al Plan General de Contabilidad de 2007.

Palabras clave: fundaciones, cuentas anuales y reforma contable.

Sumario

1. Introducción.
2. Regulación legal de las fundaciones.
3. Exigencias contables establecidas en las Leyes 30/1994 y 50/2002 de fundaciones y su adecuación a la nueva normativa contable.
 - 3.1. Obligaciones contables en la Ley 30/1994.
 - 3.2. Obligaciones contables en la Ley 50/2002.
 - 3.3. Obligaciones contables tras la reforma con el Plan General de Contabilidad de 2007.
4. Las cuentas anuales en las fundaciones.
5. El plan de actuación en las fundaciones.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad en las últimas décadas y paralelo al desarrollo económico de nuestro país se está produciendo un cambio de la realidad empresarial, con la consiguiente aparición de entidades cuya finalidad no es el ánimo de lucro. Estas entidades tienen cada vez mayor presencia en la sociedad y una mayor actividad, lo que supone que el volumen global de su actividad económica y de los recursos que gestionan es también cada vez mayor. Paralelamente a este proceso, la sociedad les reclama una mayor rendición de cuentas y la aplicación de criterios de transparencia en la gestión de sus recursos.

No obstante, se constatan múltiples diferencias entre las propias entidades no lucrativas (por su objeto, tamaño, forma jurídica, etc.), puesto que nos enfrentamos con un sector de una gran complejidad y absoluta heterogeneidad que engloba entre otras entidades a: organizaciones religiosas, partidos políticos, sindicatos, organizaciones profesionales, clubs y federaciones deportivas, asociaciones y fundaciones.

Las fundaciones en España según el *Directorio de Fundaciones* (abril, 2007) de la Asociación Española de Fundaciones (AEF) supera el número de 8.600 entidades y se puede afirmar que cada vez más iniciativas del tercer sector eligen a la fundación como forma jurídica más idónea para llevar a cabo sus proyectos. Nuestro país ocupa el quinto lugar en cuanto al número de fundaciones en Europa según el trabajo de GARCÍA DELGADO *et al.* (2004) por detrás de Dinamarca (14.000 fundaciones), Suecia (11.500 fundaciones), Alemania (10.000 fundaciones) o Reino Unido (8.800), pero por delante de países vecinos como Francia (2.109 fundaciones) o Portugal (664 fundaciones).

A su vez el sector fundacional crece en España cada año con mayor dinamismo: en la primera mitad de la década de los 90 se creaban entre 150 y 200 fundaciones al año, en la segunda mitad el volumen de inscripciones supera las 200 y durante el año 2004 el número de fundaciones constituidas asciende a 350 (CABRA DE LUNA y FRAGUAS, 2004). Actualmente, según los datos que publica la AEF (abril, 2007) se constituye una media de 450 fundaciones al año.

Además, aparte de las fundaciones creadas por un particular que es su origen tradicional es difícil, en la situación actual, indicar un tipo de entidad jurídica que no haya participado en la constitución de fundaciones. Así, podemos encontrar entre otras las siguientes personas jurídicas como entidades fundadoras: empresas, entidades financieras, clubs de fútbol, universidades públicas y privadas, administraciones públicas, partidos políticos, sindicatos, etc.

2. REGULACIÓN LEGAL DE LAS FUNDACIONES

El ordenamiento jurídico de las fundaciones hasta la aprobación de la Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, de 24 de noviembre, se caracterizaba por una gran dispersión normativa y el arcaísmo de la mayor parte de la misma. A pesar de los logros conseguidos con la regulación general sobre fundaciones con la Ley 30/1994 diversas exigencias aconsejaban, sin embargo, proceder a la revisión de este marco legal.

Con la aprobación de una nueva Ley de fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre) se pretenden alcanzar los siguientes *objetivos*. En primer término, *reducir la intervención de los poderes públicos* en el funcionamiento de las fundaciones. Así, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado u órgano de control de la administración, por la simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables. Por otra parte, se *flexibilizan y simplifican los procedimientos*, especialmente los de carácter económico y financiero. Y, por último, la Ley pretende, a lo largo de todo su articulado, *dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional*, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

La nueva regulación existente en relación con la *gestión del patrimonio y en las posibilidades de financiación* va a permitir a las fundaciones un mayor campo de actuación en la explotación de su patrimonio y en sus posibilidades de financiación, puesto que se opta por una fundación activa que optimice sus recursos, incidiendo fundamentalmente en su actividad y el patrimonio. Por un lado, **potenciando su actividad** ya que:

Primero: pueden obtener ingresos por sus actividades propias, con la restricción de que no implique una limitación injustificada del número de sus posibles beneficiarios. Por tanto, no se debe entender la «fundación» como sinónimo de «prohibición a obtener beneficios», sino que éstos, una vez obtenidos no se pueden distribuir, debiendo ser destinados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 26).

Segundo: las fundaciones podrán realizar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia (art. 24).

Por su parte, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos en su artículo 7 establece una *lista cerrada de explotaciones económicas desarrolladas* en cumplimiento de su objeto o finalidad específica, de tal manera que las rentas derivadas de las explotaciones económicas incluidas en la lista estarán exentas del impuesto de sociedades.

Asimismo, se extiende la exención a las rentas obtenidas de las *explotaciones complementarias y auxiliares* de las dirigidas a cumplir los fines que persiguen estas entidades. Se considera que las

explotaciones económicas tienen un carácter auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas no exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad. Por otra parte, la exención abarca también a las *explotaciones económicas de escasa relevancia*. Se consideran como tales aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios del ejercicio no supere en conjunto 20.000 euros.

Si la fundación desarrolla explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria, tendrá la consideración de entidad sin fines lucrativos, si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las actividades económicas no exentas del impuesto sobre sociedades no supere el 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, y el desarrollo de estas actividades no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia (art. 3 de la Ley 49/2002).

Además a efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos *desarrollan una explotación económica cuando* «realicen la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Con esta *nueva regulación* en todos los casos se *ha precisado* qué se entiende por cada una de las actividades a las que se hace referencia, que era una de *las críticas que se efectuaba a la legislación anterior*.

Tercero: obliga a destinar al menos el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos a la realización de los fines fundacionales, en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio (art. 27).

Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines fundacionales.

Esta *exigencia con carácter general* para todas las fundaciones sin tener en cuenta sus necesidades *puede limitar en última instancia el cumplimiento de sus fines*; debiendo destinar el resto a incrementar la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato u órgano de gestión. Para REY GARCÍA (2007, pág. 44) esta limitación hace muy difícil, no ya acrecentar el valor en términos reales del patrimonio de una fundación, sino simplemente mantenerlo en el medio y largo plazo, salvo la adopción de políticas inversoras de riesgo elevado.

Por otro lado, en cuanto al **patrimonio** la Ley supone:

Primero: una cuantificación de la dotación inicial, al indicar un criterio orientador para determinar la adecuación y suficiencia de ésta para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros (art. 12.1).

Aunque con este criterio no se pretende limitar la creación de estas entidades, al fijar que cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

Segundo: Asimismo, se exige que la valoración de las aportaciones no dinerarias sea realizada por un experto independiente (art. 12.2).

Si las aportaciones fuesen dinerarias, éstas se podrán efectuar en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Se observa cómo en la nueva Ley se han fijado criterios similares a los establecidos en la legislación mercantil, con la exigencia del informe del experto independiente para valorar las aportaciones no dinerarias y a diferencia de la norma mercantil se establece una limitación temporal para efectuar las aportaciones dinerarias pendientes de cinco años, limitación que sólo opera para las aportaciones no dinerarias en la legislación mercantil. Además de la lectura literal del artículo 12 podría considerarse que sólo las aportaciones dinerarias podrían efectuarse de manera sucesiva, cuando en la Ley 30/1994 se establecía esa posibilidad de aportación sucesiva tanto para las aportaciones dinerarias como no dinerarias.

Tercero: se prohíbe, al igual que en la Ley anterior aunque no se indique expresamente, la participación de las fundaciones en sociedades mercantiles personalistas, con el fin de salvaguardar el patrimonio fundacional, puesto que se establece que, si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en estas sociedades deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras formas jurídicas en las que se limite la responsabilidad de la fundación (art. 24.3).

Por otra parte, las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Si la participación es mayoritaria en estas sociedades, la fundación deberá informar al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca (art. 24.2).

En relación con las participaciones en sociedades mercantiles, en el desarrollo reglamentario se indica que se entiende por *participaciones mayoritarias* considerando como tales, aquellas que representen más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones directas como las indirectas. Este criterio seguido para la delimitación de la participación mayoritaria, es muy criticable pues deberían haberse considerado elementos cualitativos para la determinación de las participaciones mayoritarias frente al criterio cuantitativo aplicado.

La interpretación que se da al concepto de «participación mayoritaria» en la regulación permite, que puedan existir las denominadas «fundaciones de cartera», formadas por grandes patrimonios empresariales que aseguran la continuidad de los paquetes accionariales mayoritarios mediante la constitución

de fundaciones, ya que se trata de entes de duración indefinida cuya vida está regida por la voluntad del fundador. Así como, el caso de personas con grandes fortunas o empresas sin descendencia o muy lejana (ejemplo de la fundación Carlsberg en Dinamarca). No obstante, estas fundaciones debían respetar el principio de interés general recogido en la Constitución y en la propia Ley de fundaciones.

De acuerdo con lo establecido en el reglamento, se está rechazando implícitamente que la tenencia de participaciones minoritarias pudiese vulnerar los principios de actuación de las fundaciones. Lo cual no es muy correcto, porque la cuantía de una participación puede no significar nada en muchos supuestos, y para juzgar su importancia es preciso tener en cuenta elementos cualitativos tales como la naturaleza y potencia económica de la sociedad participada y sobre todo la composición del accionariado. Véase, por ejemplo, cómo una participación de un 3 por 100 en alguna entidad financiera puede suponer una participación mayoritaria o una posición importante de control en la entidad.

Las nuevas medidas establecidas han pretendido mejorar algunas de las deficiencias puestas de manifiesto en la aplicación de la legislación anterior y han ido acompañadas por el correspondiente desarrollo reglamentario, suponiendo una vez más un importante impulso hacia la continua modernización del fenómeno fundacional, en las que se pretende recoger el importante cambio operado en estas entidades en la sociedad actual, con un papel cada día más activo en la gestión de los recursos destinados a la consecución de fines de interés general.

3. EXIGENCIAS CONTABLES ESTABLECIDAS EN LAS LEYES 30/1994 Y 50/2002 DE FUNDACIONES Y SU ADECUACIÓN A LA NUEVA NORMATIVA CONTABLE

La información contable de las fundaciones es de indudable relevancia, pues constituye un medio idóneo para informar a los donantes, y a la sociedad en su conjunto, de las actividades realizadas, los medios y recursos con los que cuenta, la viabilidad de la entidad y la capacidad para continuar prestando los servicios en el futuro, la situación económico-financiera, la asignación de los recursos recibidos para desarrollar los distintos planes y proyectos, el grado de cumplimiento de los presupuestos y programas de actuación y los resultados obtenidos de las actividades (FUENTES PERDOMO, 2007, pág.115).

A continuación, se efectúa una revisión de la normativa legal en esta materia:

3.1. Obligaciones contables en la Ley 30/1994.

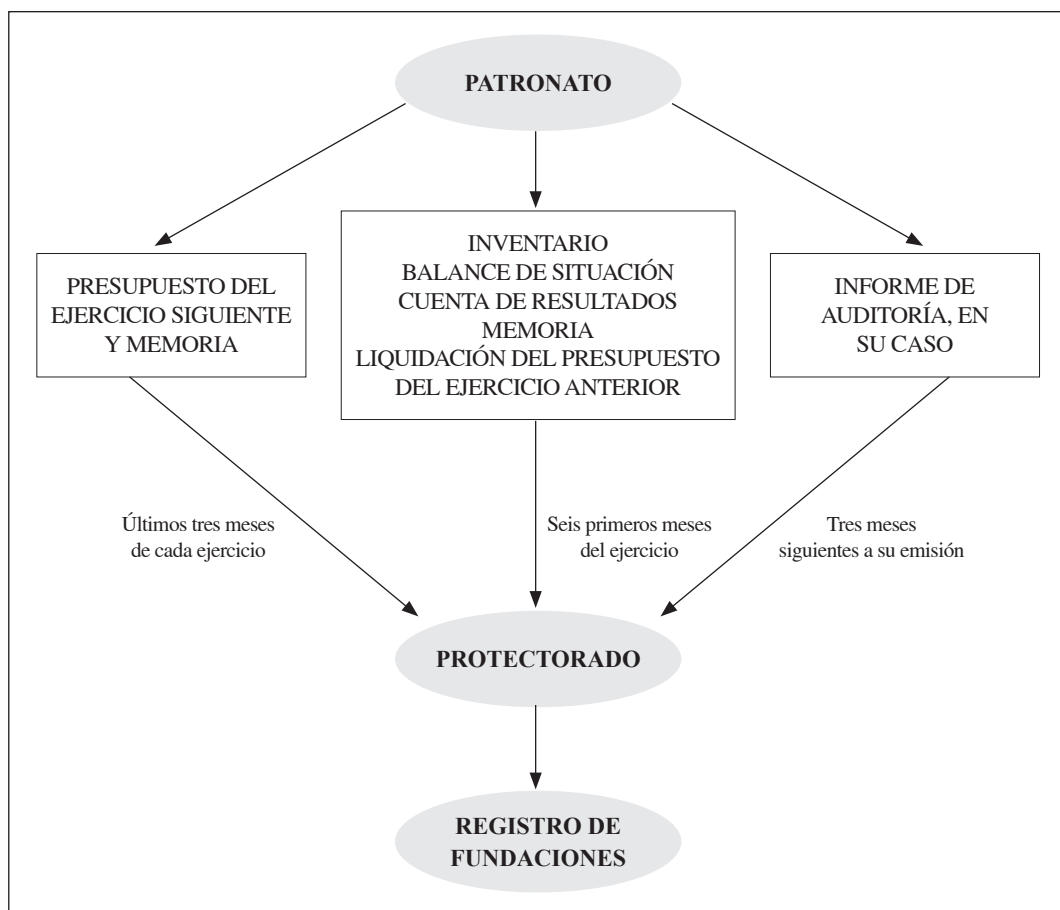
La entrada en vigor de la anterior *Ley 30/1994* y de sus desarrollos reglamentarios, así como la aprobación de la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin ánimo de lucro y las normas de información presupuestaria para estas entidades, por el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, ya supuso un gran impulso para el desarrollo de la contabilidad de estas entidades, pues hasta su aplicación las normas más recientes que regulaban algún aspecto contable eran de carácter fiscal para entidades exentas, así como normas complementarias referidas a la rendición de cuentas a los organismos competentes.

En España la Ley de fundaciones 30/1994 instituye un nuevo régimen presupuestario, contable y de rendición de cuentas, que reconoce su origen en el Plan General de Contabilidad (PGC) de 1990 como consecuencia de la aplicación de la Cuarta Directiva Comunitaria. La regulación del *nuevo régimen económico-contable para estas entidades*, venía recogido en el artículo 23 de la Ley 30/1994, así como los artículos 12 y 13 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

A continuación, se muestran cuáles son las consecuencias contables derivadas de la aparición de la Ley 30/1994 indicándose cuáles son los documentos que el Patronato u órgano de gobierno de la fundación debe elaborar y en qué plazo, para su presentación ante el Protectorado u órgano de control de la Administración para su posterior depósito si procede en el Registro de Fundaciones, momento a partir del cual los documentos en él depositados tienen carácter público.

Hay que destacar el cambio fundamental que se produce con esta Ley en la información contable que deben elaborar estas entidades, pasando a tener un marco legal contable similar al de las empresas.

CUADRO 1. Información contable en las fundaciones según la Ley 30/1994.



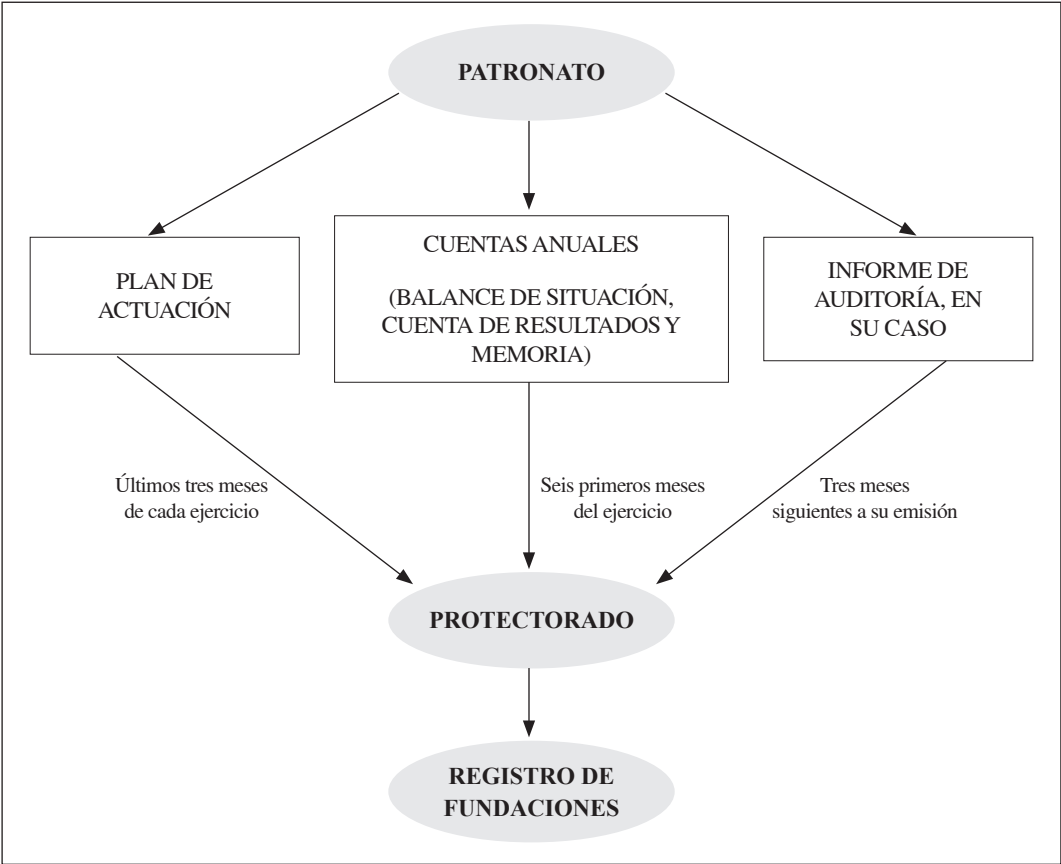
En comparación con el régimen contable de las entidades mercantiles, las fundaciones debían elaborar un presupuesto del ejercicio siguiente en los tres últimos meses de cada ejercicio y en la presentación de sus cuentas debía incluirse la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior.

Como indica GALLIZO LARRAZ (2005, pág. 27) las entidades no lucrativas dentro de las cuales están las fundaciones, son especialmente sensibles a disponer de una información externa clara y transparente. Su relación de intercambio con los aportantes de recursos y colaboradores lo explica. Los gestores deben tomar decisiones para conseguir los resultados establecidos estatutariamente y para decidir con garantía de éxito es necesario disponer de la adecuada información financiera y de gestión.

3.2. Obligaciones contables en la Ley 50/2002.

Las nuevas exigencias contables para estas entidades con la entrada en vigor de la *Ley 50/2002* son las siguientes.

CUADRO 2. Información contable en las fundaciones según la Ley 50/2002.



La principal novedad es la supresión de la obligación de elaborar el presupuesto que fue sustituida por la presentación de un plan de actuación, que deberá ser objeto de un desarrollo reglamentario, que aún no se ha producido.

3.3. Obligaciones contables tras la reforma con el Plan General de Contabilidad de 2007.

La reforma contable habida en España con la aprobación de la Ley 16/2007 y que ha dado lugar a la aprobación del Real Decreto 1514/2007 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC 2007) y el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de pequeñas y medianas empresas (PGC de PYMES 2007) va a afectar de manera directa al régimen contable de las fundaciones.

Para los ejercicios que se inicien a partir de uno de enero de 2008 según se establece en la disposición transitoria quinta del PGC 2007 se mantiene, con carácter general, la vigencia de las adaptaciones sectoriales en vigor a la fecha de publicación del Real Decreto, en todo lo que no se oponga a la legislación contable vigente.

Las fundaciones están obligadas a formular las cuentas anuales conforme a la adaptación sectorial de 1998 y dado que en ésta se remite al PGC de 1990, que ha sido derogado, resulta de aplicación la nueva normativa contable, si bien, debido a que se rigen por su propia legislación específica (Ley 50/2002) seguirán formulando sus cuentas anuales, conforme a lo que establece el artículo 25 de dicha Ley. No obstante, la formulación de tales documentos deberán ser redactados conforme a la nueva normativa contable, si bien manteniendo las particularidades específicas de la adaptación sectorial en todo lo que no se oponga a la misma.

Aparte de lo fijado en el nuevo PGC 2007 con carácter general, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) se ha pronunciado a través de las consultas publicadas en el Boletín Oficial del ICAC (BOICAC) sobre los siguientes asuntos:

- Sobre la aplicación del PGC 2007, por parte de una entidad no lucrativa, sujeta hasta el momento a las normas de adaptación del PGC para entidades sin fines lucrativos. BOICAC, n.º 73, consulta n.º 1, marzo (2008).
- Sobre el tratamiento que procede otorgar a partir de la entrada en vigor del PGC 2007, a las subvenciones concedidas por los «patronos» a las fundaciones, tanto desde el punto de vista de la fundación beneficiaria como del aportante. BOICAC, n.º 75, consulta n.º 6, septiembre, 2008.
- Sobre los modelos de balance y cuenta de resultados de las entidades sin fines lucrativos que apliquen las normas de adaptación del PGC, aprobadas por el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril. BOICAC, n.º 76, consulta n.º 4, diciembre, 2008.

Además de la normativa legal indicada, también existen algunas iniciativas de autorregulación por el propio sector con la fijación de unas normas de conducta que deben adoptar estas entidades

para el desarrollo de su actividad. Para su diseño se tuvieron en cuenta otros modelos implantados con éxito en países como Estados Unidos y Reino Unido. Cabe destacar el código de conducta de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo y la guía de transparencia y buenas prácticas de la Fundación Lealtad. Con la implantación de este tipo de códigos se pretende incrementar la confianza de la sociedad en estas entidades para lograr un incremento de las donaciones.

4. LAS CUENTAS ANUALES EN LAS FUNDACIONES

A la hora de referirse a las cuentas anuales de las fundaciones la Ley 50/2002 utiliza en su artículo 25 ¹ términos similares a los aplicados a las entidades mercantiles antes de la reforma contable, en cuanto a los documentos que las integran (balance, cuenta de resultados y memoria) y cómo deben ser redactados (con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación).

Ahora bien, tras la aprobación de la reforma contable las cuentas anuales de una entidad mercantil comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria surgiendo la duda de si estos documentos también son de aplicación a las fundaciones. A este respecto, el ICAC en su BOICAC n.º 73 de marzo de 2008, a través de la consulta 1 ya citada establece que: «Las cuentas anuales de las entidades sin fines lucrativos estarán integradas por los documentos exigidos por sus disposiciones específicas. En particular, cuando dichas disposiciones obliguen a elaborar exclusivamente balance, cuenta de resultados y memoria, las entidades no estarán obligadas a elaborar los nuevos documentos incluidos en el PGC 2007 (estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos de efectivo)».

En cuanto a los modelos de balance y cuenta de resultados también se ha pronunciado el ICAC en la mencionada consulta n.º 4 publicada en el BOICAC n.º 76 de diciembre de 2008 precisando que las entidades sin fines lucrativos deberán ajustar el balance y la cuenta de resultados al nuevo formato incluido en la tercera parte del PGC 2007, informando en cualquier caso de las partidas específicas que las normas de adaptación introdujeron en el año 1998 respecto al PGC de 1990.

En el *balance* propuesto dentro del *activo no corriente* se ha incluido un nuevo epígrafe recogido en la adaptación sectorial de 1998 relativo a los «Bienes del Patrimonio Histórico», pues algunas entidades cuentan con importantes bienes catalogados dentro de esta categoría que requieren de un tratamiento contable especial. También hay un cambio de denominación en el epígrafe «Usuarios y otros deudores de la actividad propia» en el *activo corriente*, que incluirá las cuantías pendientes cuando la entidad cobre un importe por los servicios prestados.

Por lo que respecta al *patrimonio neto* dentro del epígrafe A-1) *Fondos propios* lo más destacable es el cambio de términos adaptado a las fundaciones figurando «Dotación fundacional» frente al

¹ **Artículo 25.2:** «Las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, forman una unidad, deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación».

«Capital» en las entidades mercantiles y el término de «Excedente» en las fundaciones frente al «Resultado». A su vez, dentro del *pasivo* no corriente se incorpora el epígrafe «Beneficiarios-Acreedores» si la entidad tiene reconocidas ayudas pero aún no se han hecho efectivas al cierre del ejercicio.

En la *cuenta de resultados* para las fundaciones cobra gran importancia los ingresos específicos para estas entidades en el epígrafe 1. *Ingresos de la entidad por la actividad propia* dentro del cual figuran «Cuotas de afiliados y usuarios», «Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones» y «Subvenciones, donaciones, legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectas a la actividad propia». Asimismo, en el epígrafe 11. *Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados al resultado del ejercicio* se reflejan las afectas a la actividad propia.

Por lo que se refiere a los gastos propios, se incorpora el epígrafe 2. *Ayudas monetarias y otros* con el desglose en «Ayudas monetarias» y «Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno». Y en la última línea de la cuenta de resultados se nos informa del «Excedente del ejercicio», que es el término utilizado en las fundaciones para mostrarnos el resultado del ejercicio.

Con el fin de aclarar el contenido de los modelos de balance y cuenta de resultados, y en tanto la adaptación sectorial del PGC no sea aprobada, se incluye la interpretación del ICAC sobre cuál debería ser el contenido del balance y la cuenta de resultados de las fundaciones para los ejercicios que se inicien a partir de 1 de enero de 2008 en sus modelos normal y abreviado.

CUADRO 3. Modelos de balance y cuenta de resultados.

Modelo normal de balance al cierre del ejercicio 200X.

ACTIVO	Notas de la memoria	200X	200X-1
A) Activo no corriente			
I. Inmovilizado intangible.			
1. Desarrollo.			
2. Concesiones.			
3. Patentes, licencias, marcas y similares.			
4. Fondo de comercio.			
5. Aplicaciones informáticas.			
6. Otro inmovilizado intangible.			
II. Bienes del patrimonio histórico.			
1. Bienes inmuebles.			
2. Archivos.			
3. Bibliotecas.			
4. Museos.			
5. Bienes muebles.			
6. Anticipos sobre bienes del Patrimonio Histórico.			
			.../...

.../...			
III. Inmovilizado material.			
1. Terrenos y construcciones.			
2. Instalaciones técnicas y otro inmovilizado material.			
3. Inmovilizado en curso y anticipos.			
IV. Inversiones inmobiliarias.			
1. Terrenos.			
2. Construcciones.			
V. Inversiones en empresas y entidades del grupo y asociadas a largo plazo.			
1. Instrumentos de patrimonio.			
2. Créditos a empresas.			
3. Valores representativos de deuda.			
4. Derivados			
5. Otros activos financieros.			
VI. Inversiones financieras a largo plazo.			
1. Instrumentos de patrimonio.			
2. Créditos a terceros.			
3. Valores representativos de deuda.			
4. Derivados.			
5. Otros activos financieros.			
VII. Activos por impuesto diferido.			
B) Activo corriente			
I. Activos no corrientes mantenidos para la venta.			
II. Existencias.			
1. Bienes destinados a la actividad.			
2. Materias primas y otros aprovisionamientos.			
3. Productos en curso.			
4. Productos terminados.			
5. Subproductos, residuos y materiales recuperados.			
6. Anticipos a proveedores.			
III. Usuarios y otros deudores de la actividad propia.			
IV. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar.			
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios.			
2. Clientes, empresas del grupo y asociadas.			
3. Deudores varios.			
4. Personal.			
5. Activos por impuesto corriente.			
6. Otros créditos con las Administraciones Públicas.			
7. Fundadores por desembolsos exigidos.			
V. Inversiones en empresas y entidades del grupo y asociadas a corto plazo.			
1. Instrumentos de patrimonio.			
2. Créditos a empresas.			
3. Valores representativos de deuda.			
.../...			

.../...			
4. Derivados.			
5. Otros activos financieros.			
VI. Inversiones financieras a corto plazo.			
1. Instrumentos de patrimonio.			
2. Créditos a empresas.			
3. Valores representativos de deuda.			
4. Derivados.			
5. Otros activos financieros.			
VII. Periodificaciones a corto plazo.			
VIII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes.			
1. Tesorería.			
2. Otros activos líquidos equivalentes.			
TOTAL ACTIVO (A + B)			

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	Notas de la memoria	200X	200X-1
A) Patrimonio neto			
A-1) Fondos propios.			
I. Dotación fundacional/Fondo social.			
1. Dotación fundacional/Fondo social.			
2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido) *.			
II. Reservas.			
1. Estatutarias.			
2. Otras reservas.			
III. Excedentes de ejercicios anteriores.			
1. Remanente.			
2. (Excedentes negativos de ejercicios anteriores) *.			
IV. Excedentes del ejercicio.			
A-2) Ajustes por cambios de valor **.			
I. Activos financieros disponibles para la venta **.			
II. Operaciones de cobertura **.			
III. Otros**.			
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.			
B) Pasivo no corriente			
I. Provisiones a largo plazo.			
1. Obligaciones por prestaciones a largo plazo al personal.			
2. Actuaciones medioambientales.			
3. Provisiones por reestructuración.			
4. Otras provisiones.			
II. Deudas a largo plazo.			
1. Obligaciones y otros valores negociables.			
2. Deudas con entidades de crédito.			
3. Acreedores por arrendamiento financiero.			
.../...			

.../...			
4. Derivados.			
5. Otros pasivos financieros.			
III. Deudas con empresas y entidades del grupo y asociadas a largo plazo.			
IV. Pasivos por impuesto diferido.			
V. Periodificaciones a largo plazo.			
C) Pasivo corriente			
I. Pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta.			
II. Provisiones a corto plazo.			
III. Deudas a corto plazo.			
1. Obligaciones y otros valores negociables.			
2. Deudas con entidades de crédito.			
3. Acreedores por arrendamiento financiero.			
4. Derivados.			
5. Otros pasivos financieros.			
IV. Deudas con empresas y entidades del grupo y asociadas a corto plazo.			
V. Beneficiarios-Acreedores.			
VI. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar.			
1. Proveedores.			
2. Proveedores, empresas y entidades del grupo y asociadas.			
3. Acreedores varios.			
4. Personal (remuneraciones pendientes de pago).			
5. Pasivos por impuesto corriente.			
6. Otras deudas con las Administraciones Públicas.			
7. Anticipos recibidos por pedidos.			
VII. Periodificaciones a corto plazo.			
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)			

* Su signo es negativo
** Su signo puede ser positivo o negativo

Cuenta de resultados correspondiente al ejercicio terminado el... de 200X.

	Nota	(Debe) Haber	
		200X	200X-1
A) OPERACIONES CONTINUADAS			
1. Ingresos de la entidad por la actividad propia.			
a) Cuotas de afiliados y usuarios.			
b) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones.			
c) Subvenciones, donaciones y legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectas a la actividad propia.			
d) Reintegro de subvenciones, donaciones y legados.			
.../...			

.../...

2. Ayudas monetarias y otros **.

- a) Ayudas monetarias.
- b) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno.
- c) Reintegro de ayudas y asignaciones.

3. Ventas y otros ingresos ordinarios de la actividad mercantil.**4. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación **.****5. Trabajos realizados por la entidad para su activo.****6. Aprovisionamientos *.****7. Otros ingresos de explotación.**

- a) Ingresos accesorios y otros de gestión corriente.
- b) Subvenciones, donaciones y legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectas a la actividad mercantil.

8. Gastos de personal *.

- a) Sueldos, salarios y asimilados.
- b) Cargas sociales.
- c) Provisiones.

9. Otros gastos de explotación *.

- a) Servicios exteriores.
- b) Tributos.
- c) Pérdidas, deterioro y variación de provisiones por operaciones comerciales.
- d) Otros gastos de gestión corriente.

10. Amortización del inmovilizado *.**11. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados al resultado del ejercicio.**

- a) Afectas a la actividad propia.
- b) Afectas a la actividad mercantil.

12. Excesos de provisiones.**13. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado **.**

- a) Deterioros y pérdidas.
- b) Resultados por enajenaciones y otras.

A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN**(1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + 10 + 11 + 12 + 13)****14. Ingresos financieros.**

- a) De participaciones en instrumentos de patrimonio.
 - a1) En empresas y entidades del grupo y asociadas.
 - a2) En terceros.
- b) De valores negociables y otros instrumentos financieros.
 - b1) De empresas y entidades del grupo y asociadas.
 - b2) De terceros.

15. Gastos financieros *.

- a) Por deudas con empresas y entidades del grupo y asociadas.
- b) Por deudas con terceros.
- c) Por actualización de provisiones.

16. Variación de valor razonable en instrumentos financieros **.

- a) Cartera de negociación y otros.
- b) Imputación al resultado del ejercicio por activos financieros disponibles para la venta.

.../...

.../...			
17. Diferencias de cambio **.			
18. Deterioro y resultado por enajenaciones de instrumentos financieros **.			
a) Deterioros y pérdidas.			
b) Resultados por enajenaciones y otras.			
A.2) RESULTADO FINANCIERO (14 + 15 + 16 + 17 + 18)			
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (A.1 + A.2)			
19. Impuestos sobre beneficios **.			
A.4) RESULTADO DEL EJERCICIO PROCEDENTE DE OPERACIONES CONTINUADAS (A.3 + 19)			
B) OPERACIONES INTERRUMPIDAS.			
20. Resultado del ejercicio procedente de operaciones interrumpidas neto de impuestos **.			
A.5) EXCEDENTE DEL EJERCICIO (A.4 + 20)			

* Su signo es negativo

** Su signo puede ser positivo o negativo

Balance abreviado al cierre del ejercicio 200X.

ACTIVO	Notas de la memoria	200X	200X-1
A) ACTIVO NO CORRIENTE			
I. Inmovilizado intangible.			
II. Bienes del patrimonio histórico.			
III. Inmovilizado material.			
IV. Inversiones inmobiliarias.			
V. Inversiones en empresas y entidades del grupo y asociadas a largo plazo.			
VI. Inversiones financieras a largo plazo.			
VII. Activos por impuesto diferido. (✓✓)			
B) ACTIVO CORRIENTE			
I. Activos no corrientes mantenidos para la venta. (✓)			
II. Existencias.			
III. Usuarios y otros deudores de la actividad propia.			
IV. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar.			
V. Fundadores/asociados por desembolsos exigidos			
VI. Inversiones en empresas y entidades del grupo y asociadas a corto plazo.			
VII. Inversiones financieras a corto plazo.			
VIII. Periodificaciones a corto plazo.			
IX. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes.			
TOTAL ACTIVO (A + B)			

Las entidades que opten por la aplicación del PGC PYMES, aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, elaborarán su balance y cuenta de resultados siguiendo los modelos abreviados, salvo las partidas que lleven el signo (√) que en PGC PYMES no resultan aplicables. Las entidades que opten por aplicar los criterios aprobados para las Microempresas, tampoco recogerán la partida señalada con el signo (√√).

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	Notas de la memoria	200X	200X-1
A) Patrimonio neto			
A-1) Fondos propios. I. Dotación fundacional/Fondo social. 1. Dotación fundacional/Fondo social. 2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido)*. II. Reservas. III. Excedentes de ejercicios anteriores. IV. Excedentes del ejercicio. A-2) Ajustes por cambios de valor (√) **. A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.			
B) Pasivo no corriente			
I. Provisiones a largo plazo. II. Deudas a largo plazo. 1. Deudas con entidades de crédito. 2. Acreedores por arrendamiento financiero. 3. Otras deudas a largo plazo. III. Deudas con empresas y entidades del grupo y asociadas a largo plazo. IV. Pasivos por impuesto diferido. (√√) V. Periodificaciones a largo plazo.			
C) Pasivo corriente			
I. Pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta. (√) II. Provisiones a corto plazo. III. Deudas a corto plazo. 1. Deudas con entidades de crédito. 2. Acreedores por arrendamiento financiero. 3. Otras deudas a corto plazo IV. Deudas con empresas y entidades del grupo y asociadas a corto plazo. V. Beneficiarios-Acreedores. VI. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar. 1. Proveedores. 2. Otros acreedores. VII. Periodificaciones a corto plazo.			
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)			

* Su signo es negativo.

** Su signo puede ser positivo o negativo.

Cuenta de resultados abreviada correspondiente al ejercicio terminado el... de 200X.

	Nota	(Debe) Haber	
		200X	200X-1
1. Ingresos de la entidad por la actividad propia. a) Cuotas de afiliados y usuarios. b) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones. c) Subvenciones, donaciones y legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectas a la actividad propia. d) Reintegro de subvenciones, donaciones y legados. 2. Ayudas monetarias y otros **. a) Ayudas monetarias. b) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno. c) Reintegro de ayudas y asignaciones. 3. Ventas y otros ingresos ordinarios de la actividad mercantil. 4. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación**. 5. Trabajos realizados por la entidad para su activo. 6. Aprovisionamientos *. 7. Otros ingresos de explotación. a) Ingresos accesorios y otros de gestión corriente. b) Subvenciones, donaciones y legados de explotación imputados a resultados del ejercicio afectas a la actividad mercantil. 8. Gastos de personal*. 9. Otros gastos de explotación *. 10. Amortización del inmovilizado *. 11. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados al resultado del ejercicio. a) Afectas a la actividad propia. b) Afectas a la actividad mercantil. 12. Excesos de provisiones. 13. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado **. A) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + 10 + 11 + 12 + 13)			
14. Ingresos financieros. 15. Gastos financieros *. 16. Variación de valor razonable en instrumentos financieros **. 17. Diferencias de cambio **. 18. Deterioro y resultado por enajenaciones de instrumentos financieros **. B) RESULTADO FINANCIERO (14 + 15 + 16 + 17 + 18) C) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (A + B)			
19. Impuestos sobre beneficios **.			
D) EXCEDENTE DEL EJERCICIO (C + 19)			

* Su signo es negativo.

** Su signo puede ser positivo o negativo.

En cuanto a los modelos abreviados debe tenerse en cuenta los siguientes requisitos:

- *Balance abreviado.*

Las fundaciones podrán acogerse al PGC de PYMES de 2007 y presentar el balance abreviado cuando a la fecha de cierre del ejercicio concurran, al menos, dos de las circunstancias siguientes:

- Que el total de las partidas del activo no supere los 2.850.000 euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo de balance.
- Que el importe neto del volumen anual de ingresos, constituidos por la suma de las siguientes partidas: 1. «Ingresos de la entidad por la actividad propia» y 2. «Ventas por otros ingresos ordinarios por la actividad mercantil», que figuran en la cuenta de resultados no supere los 5.700.000 euros.
- Que el número de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Fijando, asimismo el artículo 5 del Real Decreto 1514/2007 que si en las disposiciones específicas se establecen parámetros diferentes para posibilitar la formulación del balance abreviado, deberán cumplirse adicionalmente éstos.

- *Cuenta de resultados abreviada.*

Las fundaciones podrán acogerse al PGC de PYMES de 2007 y presentar la cuenta de resultados abreviada cuando a la fecha de cierre de ejercicio concurran al menos dos de las circunstancias siguientes:

- Que el total de las partidas del activo no supere los 11.400.000 euros.
- Que el importe neto del volumen anual de ingresos que figuran en la cuenta de resultados no supere los 22.800.000 euros.
- Que el número de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250.

Cuando la fundación esté obligada a formular cuentas consolidadas conforme al artículo 25.9² de la Ley 50/2002 y el artículo 29.1 y 2³ de su reglamento porque realicen actividades económicas, el ICAC en su BOICAC n.º 73 (2008) en la citada consulta n.º 1 entiende que la referencia al Código de Comercio en ellos recogida se circunscribe al ámbito de las cuentas anuales consolidadas, considerando una fundación de competencia estatal que realice actividades de carácter económico y

² **Artículo 25.9:** «Cuando se realicen actividades económicas, la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante».

³ **Artículo 29:** «1. Las fundaciones que realicen actividades económicas y se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio para la sociedad dominante deberán formular, además, cuentas anuales consolidadas en los términos señalados en el Código de Comercio y en las disposiciones contables que resulten de aplicación en este ámbito. Cuando la fundación esté obligada a consolidar sus cuentas, deberá hacerlo constar así en la memoria.
2. Las cuentas anuales consolidadas se formularán y aprobarán conforme a lo previsto en el artículo anterior, se depositarán en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo III del título III de su reglamento, y se remitirá una copia al Registro de fundaciones de competencia estatal».

sea una entidad dominante, deberá formular las cuentas anuales consolidadas de acuerdo con el Código de Comercio. En particular, deberá elaborar los dos nuevos estados contables incorporados en el artículo 44 del Código de Comercio por la Ley 16/2007: el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo consolidados. Ello sin perjuicio de que a los efectos de las cuentas anuales individuales, la fundación de competencia estatal se encuentre sometida a las obligaciones exigidas en sus disposiciones específicas (art. 25 de la Ley 50/2002).

Aparte del balance y la cuenta de resultados las fundaciones deben elaborar la memoria. La memoria de estas entidades tiene un *desarrollo específico* en el que se incluirán las actividades fundacionales, los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, así como el grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de las distintas actuaciones realizadas, los convenios que, en su caso, se hayan llevado a cabo con otras entidades para estos fines y el grado de cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 27 de la Ley 50/2002 sobre destino de rentas e ingresos.

En cuanto a la información que debe contener la memoria de estas entidades sobre la *descripción de las actividades fundacionales* se establece en el artículo 30 de su reglamento que se identificará y cuantificará la actuación global de la fundación, así como cada una de las actividades, distinguiendo entre actividades propias y mercantiles.

La memoria de la fundación deberá contener la siguiente *información sobre las actividades fundacionales*:

A) Actividades fundacionales desarrolladas en el ejercicio.

1. Actividades propias.

Para cada actividad se especificarán los datos siguientes:

- Descripción y denominación de la actividad.
- Ubicación física.
- Recursos económicos empleados para su realización, con separación de las dotaciones a la amortización y de las pérdidas por deterioro de los restantes gastos consignados en la cuenta de resultados. A su vez, se informará de las adquisiciones de inmovilizado realizadas en el ejercicio, de la cancelación de deuda no comercial y de otras aplicaciones.
- Recursos humanos empleados, con especificación de su dedicación horaria, distinguiendo entre:
 - Personal asalariado.
 - Personal con contrato de servicio.
 - Personal voluntario.

- Número de beneficiarios o usuarios de la actividad, diferenciando entre:
 - Personas físicas.
 - Personas jurídicas.
- Ingresos obtenidos (en su caso).

2. Actividades mercantiles.

Para cada actividad se efectuará el mismo desarrollo que para las actividades propias.

B) Convenios de colaboración suscritos con otras entidades.

- Descripción.
- Valoración monetaria a la corriente de bienes y servicios que se producen.

C) Recursos económicos obtenidos en el ejercicio.

- Importe de las rentas patrimoniales.
- Importe procedente de la prestación de servicios.
- Importe de las subvenciones del sector público.
- Importe de las aportaciones privadas.
- Otros importes.
- Importe total de los recursos económicos percibidos durante el ejercicio.

D) Deudas contraídas y cualquier otra obligación financiera asumida por la fundación.

E) Recursos económicos empleados en el ejercicio.

- Gastos destinados a actividades propias.
- Gastos destinados a actividades mercantiles.
- Otros gastos.
- Importe total de los recursos económicos empleados.

F) Grado de cumplimiento del plan de actuación.

- Grado de cumplimiento.
- Causas de las desviaciones, en caso de producirse.

Igualmente, se incorporará a la memoria un *inventario* de los elementos patrimoniales pertenecientes a la fundación y cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente. Es importante como indica RÚA ALONSO (2006, pág. 173) que en el documento se efectúe una delimitación de los bienes afectos a las actividades fundacionales de aquellos relacionados con actividades mercantiles, y también de los que forman parte de la dotación fundacional, y los vinculados al cumplimiento de los fines. Igualmente debe figurar, caso que existieran, las restricciones impuestas por los donantes de bienes o derechos.

Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato de la fundación y se presentarán al Protectorado (u órgano de control de la Administración) dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación, una vez examinados y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, se procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones de competencia estatal.

Si en el examen de dichas cuentas anuales se apreciase errores o defectos formales, el Protectorado lo notificará al Patronato para que proceda a su subsanación en el plazo que le señale, que no podrá ser inferior a 10 días.

Además, el Protectorado podrá en el plazo de cuatro años desde la presentación de las cuentas anuales efectuar las comprobaciones materiales que considere oportunas, y si apreciase cualquier incumplimiento de la normativa aplicable, incorporará a las cuentas depositadas en el Registro las observaciones que considere oportunas.

Las obligaciones contables que se derivan de esta normativa en este punto son muy superiores a las establecidas para las empresas, donde el organismo oficial, en ese caso el Registro Mercantil, se limita al mero registro de cuentas, dejando para la auditoría la supervisión de las mismas.

Además como se indica por parte del *Observatorio del tercer sector de Bizkaia* (2008, pág. 9): «La transparencia en el uso de los fondos y la eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos económico-financieros son dos de los principales factores que contribuyen al mantenimiento de la confianza depositada en la organización por sus diferentes grupos de interés, garantizando así la supervivencia y sostenibilidad económica de la organización, como condición necesaria para el cumplimiento de sus fines y propósitos sociales».

5. EL PLAN DE ACTUACIÓN EN LAS FUNDACIONES

En los tres últimos meses de cada ejercicio, el Patronato de la fundación como órgano de gobierno y representación de la misma, elaborará y remitirá al Protectorado un plan de actuación, en

el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio económico.

La obligación de aprobar un presupuesto anual que se recogía en la Ley 30/1994 ha sido sustituida por la de presentar un *plan de actuación* (Ley 50/2002), con lo que manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales, se facilita en gran medida la gestión en estas entidades, pues los presupuestos que debían confeccionar las fundaciones eran unos documentos muy complejos que debían elaborarse según lo establecido en la adaptación del PGC a las entidades no lucrativas y las normas de información presupuestaria aplicables a estas entidades. Existía cierto rechazo en las fundaciones, sobre todo de pequeño tamaño, a la obligación que suponía presentar un presupuesto y su liquidación, debido al gran volumen de información que debían procesar respecto a las entidades mercantiles de dimensión similar (GALLIZO LARRAZ, 2005, págs. 17-18).

A pesar de los cambios introducidos con la Ley 50/2002, aún no se cuenta con unas *normas de elaboración del plan de actuación* que habrán de ser objeto de desarrollo reglamentario específico, como así se indica en la disposición adicional tercera del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

El citado Real Decreto en su artículo 26 indica que: «El plan de actuación contendrá información identificativa de cada una de las actividades propias y de las actividades mercantiles, de los gastos estimados para cada una de ellas y de los ingresos y otros recursos previstos, así como cualquier otro indicador que permita comprobar en la memoria el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos».

Para facilitar el cumplimiento de lo que establece el citado precepto reglamentario, el Protectorado de las fundaciones culturales de ámbito estatal dependiente del Ministerio de Cultura (<http://www.mcu.es/fundaciones/docs/Gobadm.RegimenContable-8.doc>) propone un modelo orientativo de plan de actuación con los siguientes apartados, con un planteamiento similar al establecido para describir las actividades fundacionales en la memoria, pero en este caso desde el punto de vista de las previsiones para el ejercicio siguiente:

A. Datos identificativos de la actividad.

DENOMINACIÓN	
TIPO	
SECTOR PRINCIPAL	
FUNCIÓN PRINCIPAL	
UBICACIÓN GEOGRÁFICA	
DESCRIPCIÓN DETALLADA	

A.1. Recursos previstos para la realización de la actividad.

RECURSOS DE FUNCIONAMIENTO PREVISTOS	Importes		Total
	Específicos	Comunes	
Ayudas monetarias y otros gastos de gestión			
Consumos de explotación			
Gastos de personal			
Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado			
Otros gastos			
Variación de las provisiones de la actividad			
Variaciones de las provisiones de inmovilizado inmaterial y material			
TOTAL RECURSOS DE FUNCIONAMIENTO PREVISTOS			
RECURSOS DE FONDOS PREVISTOS	Importes		Total
	Específicos	Comunes	
Adquisición activo inmovilizado, excluidos los bienes del patrimonio histórico y el inmovilizado financiero			
Adquisición bienes del patrimonio histórico			
Cancelación deuda no comercial a largo plazo			
TOTAL RECURSOS DE FONDOS PREVISTOS			
TOTAL RECURSOS PREVISTOS PARA LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD			

A.2. Recursos humanos empleados.

Categoría	Número	Dedicación Horaria
- Personal con contrato laboral - Personal con contrato mercantil - Personal voluntario		

A.3. Beneficiarios o usuarios.

Tipo	Número	Indeterminado
- Personas físicas - Personas jurídicas		

A.4. Ingresos ordinarios (sólo mercantil).

Ventas y otros ingresos ordinarios de la actividad mercantil	Importe

B. Recursos comunes a todas las actividades.*B.1. Otros recursos económicos previstos a emplear.*

OTROS RECURSOS DE FUNCIONAMIENTO A EMPLEAR	Importe
Gastos financieros y gastos asimilados	
Variación de las provisiones de inversiones financieras	
Diferencias negativas de cambio	
Pérdidas procedentes del inmovilizado inmaterial, material y cartera de control y por operaciones con obligaciones propias	
Gastos extraordinarios y gastos y pérdidas de otros ejercicios	
Impuesto sobre sociedades y otros impuestos	
Subtotal	
OTROS RECURSOS DE FONDOS A EMPLEAR	
Adquisiciones de inmovilizado financiero	
Subtotal	
TOTAL RECURSOS COMUNES PREVISTOS	

B.2. Previsión de recursos a obtener.

INGRESOS PREVISTOS	Importe
Rentas y otros ingresos derivados del patrimonio	
Prestación de servicios de la actividad propia	
Subvenciones del sector público	
Aportaciones privadas	
Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil	
Otros tipos de ingresos	
TOTAL	

B.3. Convenios de colaboración con otras entidades.

Descripción	Ingresos	Gastos	No produce corriente de bienes y servicios
Convenio 1. con la entidad (A), suscrito para			
Convenio 2. con la entidad (B), suscrito para			
.....			

C. Otros indicadores de realización de las actividades o de cumplimiento de objetivos.

Actividad	Indicador	Cuantificación

Dentro de los indicadores para cada actividad se proponen los siguientes:

• Indicadores de la actividad:	Número de usuarios o beneficiarios atendidos Plazas ocupadas sobre el total de plazas ofertadas Número e importe de las ayudas económicas. Otros (especificar)
• Indicadores de los recursos humanos:	Promedio de empleados en el periodo Número de empleados/ número de usuarios Promedio de dedicación de horas del voluntariado Otros (especificar)
• Indicadores económicos:	Ingresos por usuario Coste por usuario Subvenciones / ingresos totales Cuotas usuario / ingresos totales Otros (especificar)
• Indicadores de calidad del servicio:	Grado de satisfacción de los usuarios (mediante encuestas) Número de quejas de los usuarios Otros (especificar)
• Indicadores materiales:	Superficie dedicada a la actividad Consumo de aprovisionamiento por usuario Consumo de suministro por m ² invertido en la actividad Otros (especificar)

El análisis de los indicadores para este tipo de actividades desarrolladas por las fundaciones estará marcado por los objetivos que persigue la entidad. Así, por ejemplo, una empresa mercantil –cuyo fin último es el lucro– no asumirá actividades que no sean rentables. En cambio, una fundación puede tener como objetivo desarrollar y promocionar determinadas actividades con independencia de que éstas sean rentables o no.

6. CONCLUSIONES

El sector fundacional cobra en España cada día mayor importancia y ha visto cómo se adaptaba su legislación a las nuevas necesidades del sector.

En la actualidad, se encuentra inmerso en ese proceso de cambios como consecuencia de la reforma contable habida en España con la aprobación de la Ley 16/2007, pues a pesar de contar con una adaptación sectorial del PGC de 1998 que sigue en vigor, deberán aplicar los contenidos del PGC de 2007 en todos aquellos aspectos que han sido modificados, esto está dando lugar a muchas cuestiones y dudas a la hora de aplicar los cambios introducidos, algunas resueltas por el propio ICAC y agravada esta situación porque muchas de estas entidades carecen de una tradición contable. Aunque cada vez son más las exigencias de información de estas entidades por la propia sociedad con el fin de ayudarles a decidir con qué entidades colaborar y orientarles para hacer un seguimiento de sus donaciones, lo que está motivando que sean las propias entidades las que estén implantando códigos de conducta, al estilo de otros modelos aplicados ya con éxito en países como Estados Unidos y Reino Unido.

Bibliografía

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) [2001]: *La contabilidad de gestión en las entidades sin fines de lucro*. Documento n.º 24, Principios de contabilidad de gestión, Madrid.
- [2003]: *Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos*. Documento n.º 23, Principios contables, Madrid.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES (AEF) [2007]: *Directorio de fundaciones españolas*. Fundación Marcelino Botín, Madrid.
- CABRA DE LUNA, M.A. y FRAGUAS, B. [2004]: *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*. Fundación Vodafone. España, Madrid.
- FUENTES PERDOMO, J. [2007]: «Las organizaciones no lucrativas: Necesidades de los usuarios de la información financiera». *Revista española del tercer sector*, n.º 6, mayo-agosto, págs. 91-118.
- FUNDACIÓN LEALTAD [2001]: *Guía de principios de transparencia y buenas prácticas de las ONG*. Fundación Lealtad, Madrid.
- GALLIZO LARRAZ, J.L. [2005]: «Información financiera y control de gestión de las ENLs». *I Jornada de contabilidad de entidades no lucrativas*. Asociación Española de Profesores de Contabilidad. Sevilla, págs.15-28.
- GARCÍA DELGADO, J.L., JIMÉNEZ, J.C., SÁEZ FERNÁNDEZ, J. y VIAÑA, E. [2004]: *Las cuentas de la economía social. El tercer sector en España*. Biblioteca Civitas Economía y Empresa. Colección Economía, Civitas, Madrid.
- MÉNDEZ PICAZO, M.T. y RODRÍGUEZ PAREDES, M. [2007]: «Indicadores financieros para el análisis de la información contable de las fundaciones». *Partida doble*, n.º 186, marzo, págs. 84-93.
- OBSERVATORIO DEL TERCER SECTOR DE BIZKAIA [2008]: *Guía básica para la gestión económico-financiera en organizaciones no lucrativas*. Equipo del Observatorio del tercer sector de Bizkaia, Berekintza.
- REY GARCÍA, M. [2007]: «La gestión de las fundaciones en el siglo XXI: Retos, tendencias y una hoja de ruta». *Revista española del tercer sector*, n.º 6, mayo-agosto, págs. 37-54.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, A. [2007]: «El análisis económico-financiero de las entidades no lucrativas. Indicadores de gestión». *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 20, págs. 91-112.
- RÚA ALONSO DE CORRALES, E. [2006]: «Análisis de las fundaciones a través de su información económico-financiera. Un estudio empírico». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 278, mayo, págs. 149-224.

CÓMO ELABORAR EL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO EN LA PRÁCTICA

LUIS CASTRILLO LARA

*Catedrático de Escuela Universitaria.
Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Burgos*

SONIA MARCOS NAVEIRA

*Profesora de Escuela Universitaria.
Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Burgos*

Extracto:

ESTE trabajo trata de explicar, desde un punto de vista práctico, cómo se debe proceder en la formulación del estado de flujos de efectivo de manera correcta y sencilla.

Con el objeto de ilustrar mejor la exposición, se va explicando, a través de un ejemplo dividido en siete pasos, cada uno de los apartados en los que se subdivide el estado de flujos de efectivo. Estos pasos son fundamentales para evitar errores cuando, por ejemplo, se ajustan los resultados por enajenación de inmovilizados, al obtener de manera simultánea los flujos de efectivo de explotación, financiación e inversión.

Palabras clave: flujos de efectivo y *cash flow*.

Sumario

1. Introducción.

Paso uno: Hoja de trabajo.

Paso dos: Flujos de efectivo de las actividades de explotación.

2.1. Eliminación del gasto por el impuesto sobre beneficios.

2.2. Ajustes del resultado.

2.3. Cambios en el capital corriente.

2.4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación.

Paso tres: Eliminación de transacciones no monetarias.

3.1. Eliminación de transacciones no monetarias.

3.2. Eliminación de activos y pasivos por diferencias temporarias.

Paso cuatro: Flujos de efectivo de la actividad de inversión.

Paso cinco: Flujos de efectivo de la actividad de financiación.

Paso seis: Efecto de las variaciones en el tipo de cambio.

Paso siete: Aumento o disminución neta del efectivo o equivalente.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado de Flujos de Efectivo (EFE) forma parte en España de la Cuentas Anuales desde la aprobación de la Ley 16/2007. El nuevo Plan General de Contabilidad (PGC), en su tercera parte, recoge tanto las normas de elaboración como el modelo del EFE que deben elaborar las empresas, de manera obligatoria, que no pueden formular balance abreviado.

El EFE informa sobre el origen y la utilización de los activos monetarios representativos de efectivo y otros activos líquidos equivalentes, clasificando los movimientos por actividades e indicando la variación neta de dicha magnitud en el ejercicio.

El concepto «efectivo y otros activos líquidos equivalentes» incluye la tesorería depositada en la caja de la empresa, los depósitos bancarios a la vista y los instrumentos financieros que sean convertibles en efectivo y que en el momento de su adquisición, su vencimiento no fuera superior a tres meses, siempre que no existan riesgos significativos de cambios de valor y formen parte de la política de gestión normal de la tesorería de la empresa. También podrán incluirse como un componente de efectivo los descubiertos ocasionales que formen parte integrante de la gestión del efectivo de la empresa.

Las categorías de flujos de efectivo que propone el PGC son las siguientes:

- Flujos de efectivo de las actividades de explotación. El incremento o la disminución neta en los flujos de efectivo motivada por este tipo de actividades será calculado por el método indirecto. Éste consiste en tomar como punto de partida el resultado del ejercicio antes de impuestos, ajustar las diferencias entre pagos y gastos e ingresos y cobros, corregir el efecto de las operaciones financieras y así llegar a la generación o aplicación de flujos de efectivo por este tipo de actividades.
- Flujos de efectivo de operaciones de inversión, indicando pagos por inversiones y cobros por desinversiones.
- Flujos de efectivo de las actividades de financiación, distinguiendo los relacionados con instrumentos de patrimonio, pasivo financiero y remuneraciones de instrumentos de patrimonio.

En el trabajo que presentamos a continuación, fruto de la experiencia obtenida, tratamos de explicar cómo se debe proceder, desde un punto de vista práctico, para formular de manera correcta y sencilla el EFE. Nos apoyaremos en un ejemplo, que se desarrolla a medida que se van explicando cada uno de los apartados en los que se subdivide el EFE, para ilustrar mejor la exposición.

EJEMPLO 1:

De las Cuentas Anuales de la sociedad «X» a 31 de diciembre del año N, extraemos la siguiente información para elaborar el EFE.

BALANCE DE SITUACIÓN		
Activo	N	N-1
Construcciones	200	100
Terrenos	75	50
Maquinaria	50	40
Amortización acumulada del inmovilizado material	-70	-50
Deterioro de valor de activos no corrientes	-10	0
Inversiones financieras permanentes	0	30
Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	10	5
Existencias	30	70
Inversiones financieras a corto plazo	10	0
Bancos c/c	40	10
TOTAL	335	255
Patrimonio neto y pasivo		
Capital social	150	100
Reservas	0	50
Subvenciones oficiales de capital	0	7
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	0	3,5
Pasivos por impuestos diferidos	0	4,5
Préstamos a corto plazo	80	30
Int. a corto plazo de deudas	20	0
Remuneraciones pendientes de pago	0	10
Proveedores moneda extranjera	65	20
Acreedores	0	25
H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades	10	5
Resultado del ejercicio	10	5
TOTAL	335	255

Pérdidas y ganancias	
Ventas	400
Variación de existencias de productos terminados	-40
Consumo de materias primas	-180
Sueldos y salarios	-80
Servicios exteriores	-30
Pérdidas, deterioro y variación de provisiones por operaciones comerciales	-10
Amortización del inmovilizado	-20
Imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras	10
Resultado por enajenaciones y otras de inmovilizado	10
	.../...
	.../...

.../...

.../...	
RESULTADO DE EXPLOTACIÓN	60
Intereses de deudas a corto plazo	-30
Variación de valor razonable en instrumentos financieros	-15
Diferencias de cambio	+10
Resultados por enajenación y otros	-5
RESULTADO FINANCIERO	-40
RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	20
Impuesto sobre beneficios	-10
RESULTADO DEL EJERCICIO	10

DIARIO:

Asientos efectuados al cierre del ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	20	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		20

Código	Cuenta	Debe	Haber
69	Pérdida por deterioro del inmovilizado	10	
29	Deterioro de valor de activos no corrientes		10

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	10	
479	Pasivos por impuestos diferidos	3	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		10
830	Impuesto sobre beneficio		3

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	7	
830	Impuesto sobre beneficios	3	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		10

Código	Cuenta	Debe	Haber
134	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3,5	
830	Impuesto sobre beneficios	1,5	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		5

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
66	Diferencia negativa de cambio	10	
57	Tesorería	20	
4004	Proveedores moneda extranjera		10
76	Diferencia positiva de cambio		20

Código	Cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdidas de cartera de negociación	20	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		20

Código	Cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdidas de cartera de negociación	20	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		20

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	15	
4742	Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	5	
6301	Impuesto diferido		5
473	H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta		5
4752	H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades		10

ESTADO DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS			
	Nota	N	N-1
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias		10	
Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto			
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto			
Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias			
VI. Por valoración de instrumentos financieros			
1. Activos financieros disponibles para la venta		5	
VIII. Subvenciones, donaciones y legados recibidos		10	
IX. Efecto impositivo		-4,5	
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias		10,5	
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS		-0,5	

MEMORIA:

De la memoria se desprende la siguiente información:

.../...

.../...

1. La ampliación de capital, por importe de 50 u.m., se ha realizado con cargo a reservas.
2. La empresa ha enajenado terrenos cuyo valor en libros era de 10 u.m. por 20 u.m.
3. La empresa ha enajenado activos financieros que habían sido clasificados como disponibles para la venta y ha llevado a cabo una inversión, clasificada como mantenida para negociar, por importe de 30 u.m.
4. La empresa ha obtenido un nuevo préstamo a corto plazo por importe de 80 u.m.
5. El resultado del ejercicio anterior ha sido distribuido entre los accionistas en su totalidad.

Vamos a dividir la elaboración del EFE en siete pasos. Queremos enfatizar en el hecho de que resulta fundamental seguir estos pasos e ir quemando etapas en la formulación del EFE. Uno de los errores más comunes en la práctica es tratar de obtener de manera simultánea los flujos de efectivo de explotación, financiación e inversión, por ejemplo cuando se ajustan los resultados por enajenación de inmovilizados. El primer consejo que damos es que si nos centramos en la obtención de los flujos de explotación, nuestro objetivo prioritario debe ser la obtención de dichos flujos, por lo que evitaremos y pospondremos cualquier ajuste que pueda afectar a los flujos de efectivo de inversión o financiación. Para conseguir lo anterior, como veremos a continuación, recurriremos a una serie de cuentas o partidas que hemos denominado cuentas transitorias.

PASO UNO: HOJA DE TRABAJO

Partiremos de las cuentas de balance para elaborar la hoja de trabajo. Separar (si el EFE se hace en una hoja de cálculo insertando una fila) «Resultado del ejercicio» y «Resultado del ejercicio anterior», o del inicio del ejercicio si se trata del periodo inicial.

Nunca se deberá sustituir el resultado del ejercicio por los saldos de ingresos y gastos, ya que el modelo de EFE que contiene el PGC español sigue el denominado método indirecto. Cualquier ajuste que efectuemos al elaborar el EFE que afecte a ingresos o gastos supondrá un ajuste en la cuenta de balance «*Resultado del ejercicio*», en ningún caso se ajustan cuentas de pérdidas y ganancias.

Recomendamos dejar filas en la hoja de cálculo vacías ya que necesitaremos incorporar nuevas cuentas a medida que avancemos en la confección del EFE.

EJEMPLO 2:

HOJA DE TRABAJO						
	N		N-1		Variación	
	D	H	D	H	A	O
Construcciones	200		100		100	0
Terrenos	75		55		20	0
Maquinaria	50		40		10	0
Amortización acumulada inmovilizado material		70		50	0	20
Deterioro de valor de activo de activos no corrientes		10		0	0	10
Inversiones financieras permanentes			30		0	30
Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	10		5		5	0
Existencias	30		70		0	40
Inversiones financieras a corto plazo	10				10	0
Bancos c/c	40		10		30	0
Capital social		150		100	0	50
Reservas				50	50	0
Subvenciones oficiales de capital		0		7	7	0
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta				4,5	4,5	0
Pasivos por impuestos diferidos		0		3	3	0
Préstamos a corto plazo		80		30	0	50
Int. a corto plazo de deudas		20			0	20
Remuneraciones pendientes de pago				10	10	0
Proveedores moneda extranjera		65		20	0	45
Acreedores				25	25	0
H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades		10		5	0	5
Resultado del ejercicio N-1				5	5	0
Resultado del ejercicio N		10			0	10
SUMAS	415	415	310	310	280	280

PASO DOS: FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN

Se comienza el EFE por los FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN y nuestro objetivo prioritario, como ya hemos apuntado anteriormente, debe ser la obtención de dichos flujos, por lo que evitaremos y pospondremos cualquier ajuste que pueda afectar a los flujos de efectivo de inversión o financiación.

Los flujos de efectivo procedentes de las actividades de explotación son fundamentalmente los ocasionados por las actividades que constituyen la principal fuente de ingresos de la empresa, así como por otras actividades que no puedan ser calificadas como de inversión o financiación.

2.1. Eliminación del gasto por el impuesto sobre beneficios.

El EFE parte del resultado del ejercicio antes de impuestos Epígrafe A3-17 de la cuenta de pérdidas y ganancias. El hecho de que se parta del resultado antes de intereses e impuestos no es casual ni obedece a ningún capricho del regulador. La contabilización del impuesto sobre beneficios al cierre del ejercicio para la obtención del resultado libre de impuestos implica, por un lado, el reconocimiento de gastos o ingresos que no suponen pagos en el ejercicio y, por otro, el que pagos o cobros llevados a cabo durante el ejercicio, como por ejemplo los ingresos por retenciones o pagos a cuenta, se salden y, por ende, que su variación anual después de la contabilización del impuesto sea igual a cero.

Lo anterior implica que lo primero que tenemos que hacer para que el resultado de partida del EFE y de nuestra hoja de trabajo sea coincidente es deshacer el asiento que se efectuó al cierre del ejercicio para el reconocimiento contable del gasto por el impuesto sobre beneficios.

Ajuste		
(473) H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta		
(475) Créditos por pérdidas a compensar de ejercicio (por la reducción del crédito)	(475) Créditos por pérdidas a compensar de ejercicio	
(4742) Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar (por la disminución)	(4742) Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	
	(4752) H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades	
	(129) Resultado del ejercicio	

EJEMPLO 3:

Iniciamos el EFE, siguiendo el modelo contenido en el PGC, partiendo del resultado del ejercicio antes de impuestos.

	NOTAS	200X
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos	(0)	20

Al partir del resultado del ejercicio antes de impuestos, deberemos deshacer el asiento del impuesto sobre beneficios (cierre de ejercicio), lo que nos permitirá, por un lado,

.../...

.../...

eliminar variaciones que no suponen flujos de efectivo en la hoja de trabajo y, por otro, recuperar partidas que sí que han supuesto pagos, como, por ejemplo, las retenciones y pagos a cuenta.

Ajuste-0			
5	(473) H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta		
10	(4752) H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades	Resultado del ejercicio (4742) Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	10 5

Los pagos o cobros llevados a cabo durante el ejercicio por el impuesto sobre beneficios deben tenerse en cuenta en el apartado 4 «Otros flujos de efectivo de la actividad de explotación». Como veremos cuando lleguemos a este epígrafe del EFE.

2.2. Ajustes del resultado.

2.2.1. Eliminación de ingresos que no son cobros y gastos que no son pagos.

Decíamos que el objetivo del EFE es informar sobre el origen y la utilización de los activos monetarios representativos de efectivo y otros activos líquidos equivalentes, clasificando los movimientos por actividades (explotación, inversión y financiación) indicando la variación neta de dicha magnitud en el ejercicio. Si nos centramos en los flujos de efectivo de explotación, el objetivo sería, partiendo del resultado antes de impuestos, al que se ha llegado aplicando el principio del devengo, obtener el resultado que se habría obtenido si se hubieran reconocido los ingresos y gastos cuando los mismos hubieran sido objeto de cobro o pago, es decir, si hubiéramos llegado al resultado aplicando el principio de caja. De tal modo que cuando concluyamos todos los ajustes necesarios para la obtención de los flujos de efectivo de explotación, el saldo de dichos flujos en el EFE coincidirá con el saldo del «Resultado del ejercicio» en la hoja de trabajo.

Bajo esta perspectiva, procederemos a sumar al resultado antes de intereses e impuestos todos aquellos gastos que no han supuesto, ni supondrán, salida de efectivo (pagos) y restar los ingresos contabilizados que no han supuesto ni supondrán entradas de efectivo (cobros). El modelo de EFE del PGC es una buena guía para alcanzar tal propósito.

El modelo de EFE del PGC contempla los siguientes casos:

2. Ajustes del resultado:		
a) Amortización del inmovilizado (+)		
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)		
c) Variación de provisiones (+/-)		
d) Imputación de subvenciones		

El importe de todas estas partidas figura en la cuenta de pérdidas y ganancias. La dotaciones para amortización del inmovilizado, las correcciones valorativas por deterioro, la contabilización de provisiones y el importe traspasado al resultado del ejercicio de las subvenciones se llevan a cabo, generalmente, al cierre del ejercicio, por lo que para efectuar los correspondientes ajustes en la hoja de trabajo recurriremos nuevamente a los asientos de cierre de ejercicio. En el caso de las subvenciones traspasadas al resultado del ejercicio puede resultar más conveniente la utilización de una cuenta transitoria a las que abonar el importe traspasado al resultado, por ejemplo, «Ajustes en subvenciones», y proceder, posteriormente, cuando abordemos los flujos de efectivo de financiación, a su imputación, de lo contrario tendríamos un problema añadido con los «Pasivos por diferencias temporarias».

EJEMPLO 4:

Efectuamos los correspondientes ajustes en el EFE.

2. Ajustes del resultado:		
a) Amortización del inmovilizado (+)	(1)	20
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)	(2)	10
c) Variación de provisiones (+/-)		
d) Imputación de subvenciones	(3)	-10

En la hoja de trabajo procederá deshacer todos los asientos efectuados al cierre por amortización, deterioro o imputación de subvenciones. En el ejemplo son los siguientes:

Ajuste-1			
20	(281) Amortización acumulada del inmovilizado material	Resultado del ejercicio	20

Ajuste-2			
10	(29) Deterioro de valor de activos no corrientes	Resultado del ejercicio	10

Ajuste-3			
10	Resultado del ejercicio	«Ajustes en subvenciones»	10

2.2.2. Eliminación de resultados que no suponen flujos de efectivo de la actividad de explotación.

En el EFE pretendemos informar de manera separada sobre los flujos de efectivo de la actividad de explotación, de inversión y de financiación. La incorporación al resultado del ejercicio de los beneficios o pérdidas que surgen por la baja o enajenación de inversiones motiva el que estos beneficios o pérdidas deban ser considerados a la hora de obtener los flujos de efectivo de la actividad de inversión y no en los provenientes de la actividad de explotación. Procederemos al ajuste del resultado del ejercicio antes de intereses e impuestos sumando las pérdidas contabilizadas por baja o enajenación de inmovilizados y restando los beneficios obtenidos por idéntico motivo. Lo mismo haremos con los resultados obtenidos por bajas o enajenaciones de instrumentos financieros.

2. Ajustes del resultado:		
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)		
f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-)		

Como apuntábamos previamente, nos encontramos en uno de los casos en los que recomendamos no realizar ajustes en la hoja de trabajo que afecten a otros flujos de efectivo que no sean los de explotación, por lo que sugerimos que en este momento simplemente se eliminen los resultados, beneficio o pérdida, por el importe que figura en la cuenta de pérdidas y ganancias, sin buscar la cuenta que representa la inversión dada de baja o enajenada, ni, si es el caso, su amortización acumulada o deterioro. Dicho ajuste en el resultado del ejercicio se imputará en la hoja de trabajo a una partida o cuenta transitoria, que crearemos ex profeso, que podemos denominar «Ajustes en cobros por desinversiones» (de inmovilizado o de inversiones financieras, según proceda), que será tenida en cuenta posteriormente cuando procedamos al cálculo de los flujos de efectivo de inversión.

EJEMPLO 5:

Podemos observar, en la cuenta de pérdidas y ganancias, que existe «Resultado por enajenaciones y otras de inmovilizado» que han supuesto un beneficio de 10 u.m. Igualmente, observamos que se han producido «Resultados financieros negativos por enajenación» por importe de 5 u.m. En el EFE eliminamos estos resultados.

e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)	(4)	-10
f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-)		5

Procedemos a su eliminación, ajustando dichos importes contra la cuenta «Ajustes en cobros por desinversiones», para lo que insertaremos dos filas nuevas en la hoja de trabajo.

.../...

.../...

Ajuste-4			
5	Resultado del ejercicio		
5	«Ajustes en cobros por desinversiones inversiones financieras»	«Ajustes en cobros por desinversiones en inmovilizados»	10

2.2.3. Remuneración de activos financieros y pasivos financieros cuyos flujos de efectivo deben mostrarse separadamente.

Procederemos a la eliminación de todos los ingresos y gastos financieros porque el PGC exige que se informe de manera separada, en el punto 4 del EFE «Otros flujos de efectivo de la actividad de explotación», de los flujos de efectivo correspondientes a intereses cobrados y pagados.

Para llevar a cabo esta eliminación recurriremos nuevamente al uso de partidas o cuentas transitorias, que serán tenidas en cuenta posteriormente en el citado punto 4 del EFE. Las partidas transitorias que proponemos en este caso son: «Ajustes en cobros de intereses» y «Ajustes en pagos de intereses».

En el EFE restaremos todos los ingresos financieros y sumaremos todos los gastos financieros.

2. Ajustes del resultado:		
g) Ingresos financieros (–)		
h) Gastos financieros (+)		

EJEMPLO 6:

En el caso existen solamente gastos financieros por importe de 30, por lo que procedemos a su eliminación en el EFE, sumando dicho importe al resultado antes de intereses e impuestos.

g) Ingresos financieros (–)		
h) Gastos financieros (+)	(5)	30

En la hoja de trabajo efectuamos un abono en el resultado por los gastos financieros con cargo a la cuenta transitoria «Ajustes en pagos de intereses».

.../...

.../...

Ajuste-5			
30	«Ajustes en pagos de intereses»	Resultado del ejercicio	30

2.2.4. Diferencias de cambio.

La partida «Diferencias de cambio» tiene un componente que no supone flujos de efectivo –los ajustes realizados al cierre del ejercicio en partidas monetarias en moneda extranjera– y un componente que sí que implica flujo de efectivo –las diferencias que surgen cuando se produce el cobro o pago en moneda extranjera–.

En consonancia con lo anterior, sumaremos o restaremos del resultado antes de intereses e impuestos –según la diferencia de cambio sea negativa o positiva– las diferencias de cambio no materializadas, es decir, aquellas que no implican flujos de efectivo.

2. Ajustes del resultado:			
i) Diferencias de cambio (+/-)			

Para determinar qué parte de la diferencia de cambio supone flujo de efectivo y cuál no, procedemos, en primer lugar, a la eliminación de los ajustes que se han hecho al cierre del ejercicio, que no suponen flujo de efectivo. Sin embargo, el efecto que la variación en los tipos de cambio tiene sobre el efectivo y los equivalentes al efectivo, mantenidos o debidos, en moneda extranjera, no será tenido en cuenta, ya que este importe se presentará por separado de los flujos procedentes de las actividades de explotación, de inversión y de financiación, de manera más concreta en el apartado «D» del EFE, **«Efecto de la variación de los tipos de cambio»**.

EJEMPLO 7:

Existen diferencias positivas de cambio en la cuenta de pérdidas y ganancias por importe de 10.

i) Diferencias de cambio (+/-)	(6)	-10
--------------------------------	-----	-----

Según los asientos de cierre se ha producido un abono por importe de 10 u.m. en «Proveedores moneda extranjera» y un cargo en «Tesorería» por 20 u.m. Como la diferencia

.../...

.../...

de cambio ha sido de 10 u.m. positivas, según la cuenta de pérdidas y ganancias, se procederá a la eliminación del saldo total. Solamente se ajustarán los proveedores, ya que el efecto que la variación en los tipos de cambio tiene sobre el efectivo en moneda extranjera no es tenido en cuenta. Este efecto será recogido en el apartado «D» del EFE.

Ajuste-6			
10	Resultado del ejercicio		
10	Proveedores, moneda extranjera	EFFECTO DE LA VARIACIÓN DE LOS TIPOS DE CAMBIO (apartado «D» del EFE)	20

En el EFE cumplimentamos el apartado «D» «Efecto de la variación de los tipos de cambio».

D) Efecto de las variaciones de los tipos de cambio		20
---	--	----

2.2.5. Variación de valor razonable en instrumentos financieros.

Lo dicho en el apartado anterior para las diferencias de cambio es aplicable a las variaciones en valor razonable en instrumentos financieros. Las variaciones en valor razonable en instrumentos financieros pueden deberse a dos causas. La primera tiene su origen en los activos y pasivos financieros que hayan sido clasificados como mantenidos para negociar. Estos activos y pasivos se valoran al cierre del ejercicio a valor razonable. La variación en el valor razonable se imputa a pérdidas y ganancias. Tanto si la variación supone un ingreso (positiva) como si supone un gasto (negativa) nunca origina flujos de efectivos, por lo que deberemos proceder a la eliminación de dichas variaciones en el EFE.

La segunda causa que puede motivar variaciones de valor razonable en instrumentos financieros se produce, por ejemplo, cuando se enajenan activos financieros clasificados como disponibles para la venta. En este caso sí que se producen flujos de efectivo, pero, lógicamente, estos flujos de efectivo no proceden de la explotación sino que son flujos de efectivo de inversión.

En activos financieros clasificados como disponibles para la venta el ajuste de valor razonable efectuado al cierre del ejercicio se imputa directamente al patrimonio neto, sin que afecte a la cuenta de pérdidas y ganancias, sin producir flujos de efectivo. Sin embargo, cuando se enajenan dichos activos, los saldos acumulados en el patrimonio neto por su valoración a valor razonable se abonan o cargan, según hayan sido negativos o positivos, a la cuenta de pérdidas y ganancias. Estos abonos o cargos sí que suponen flujos de efectivo de inversión.

En definitiva, se eliminará en el EFE el saldo de las partidas de pérdidas y ganancias que reflejen la variación en valor razonable en instrumentos financieros.

j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)		
---	--	--

En la hoja de trabajo se efectuará un ajuste en el «*Resultado del ejercicio*» por el importe total en el que haya sido ajustado el EFE. Se buscarán en el libro diario los ajustes llevados a cabo al cierre del ejercicio y que tienen que ver con la valoración a valor razonable de los activos y pasivos financieros mantenidos para negociar, procediendo a realizar el correspondiente cargo o abono en la cuenta representativa de la inversión financiera. Dicho ajuste supone deshacer el asiento por ajuste de valor razonable efectuado al cierre del ejercicio.

La diferencia entre el ajuste anterior en las cuentas representativas de la inversión financiera y el ajuste y la eliminación efectuada en el EFE (o el ajuste en el resultado) se imputará a la cuenta transitoria «*Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras*».

A modo de ejemplo, si la variación surgida al cierre del ejercicio por aplicación del valor razonable fuera positiva, pero la variación en la cuenta de pérdidas y ganancias fuese aun superior, esto querría decir que también se han producido variaciones en el valor razonable por desinversiones que sí son flujos de efectivo, pero de inversión. En forma de asiento sería:

Ajuste		
<i>Resultado del ejercicio (por el saldo total de «Variación de valor razonable...» cuenta de pérdidas y ganancias)</i>	<i>Inversiones financieras (asiento de cierre) «Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras» (diferencia)</i>	

EJEMPLO 8:

Existen variaciones negativas en la cuenta de pérdidas y ganancias por importe de 15 que procedemos a su eliminación en el EFE:

j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)	(7)	15
---	-----	----

En el asiento de cierre encontramos contabilizadas estas variaciones y procedemos del siguiente modo:

Ajuste-7			
20	Inversiones financieras a corto plazo	<i>Resultado del ejercicio</i>	20
5	<i>Resultado del ejercicio</i>	<i>«Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras»</i>	5

.../...

.../...

Resumiendo, los ajustes efectuados en el EFE hasta ahora son los siguientes:

2. Ajustes del resultado:		50
a) Amortización del inmovilizado (+)	(1)	20
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)	(2)	10
c) Variación de provisiones (+/-)		
d) Imputación de subvenciones	(3)	-10
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)	(4)	-10
f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-)	(4)	5
g) Ingresos financieros (-)		
h) Gastos financieros (+)	(5)	30
i) Diferencias de cambio (+/-)	(6)	-10
j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)	(7)	15
k) Otros ingresos y gastos (-/+)		

2.3. Cambios en el capital corriente.

2.3.1. Eliminaciones previas.

Antes de efectuar ajustes en el capital corriente debemos efectuar una serie de eliminaciones previas. Se trata de variaciones en cuentas del activo o pasivo corriente que serán eliminadas. Siguiendo el PGC, serán objeto de eliminación los descuentos de papel comercial, o el anticipo por cualquier otro tipo de acuerdo, del importe de las ventas a clientes. Por tanto, se tratará a los efectos del EFE como un cobro a clientes que se ha adelantado en el tiempo.

Ajuste			
	(5208) Deudas por efectos descontados (5209) Deudas por operaciones de <i>factoring</i>		
		(431) Clientes, efectos comerciales descontados	
		(432) Clientes, operaciones de <i>factoring</i>	

Igualmente, deberán eliminarse las reclasificaciones de activo no corriente en activo corriente y de pasivo no corriente en pasivo corriente, que se refieran a cuentas deudoras o acreedoras por operaciones de tráfico. Por ejemplo, clientes cuyo periodo de cobro exceda al ciclo de explotación o proveedores cuyo periodo de pago supere igualmente el ciclo de explotación.

2.3.2. Eliminaciones por cambios en el capital corriente.

Determinadas partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias, en concreto: variación de existencias, ventas, compras, etc., representan ingresos o gastos –más o menos consumos– que han podido suponer cobros o pagos por diferente importe o incluso que no han supuesto pago alguno, como, por ejemplo, el registro contable de la variación de existencias. Estos ingresos o gastos están vinculados a partidas de activo o pasivo corriente. Así, si la empresa aplicara el principio de caja en lugar del de devengo no existiría la partida de «Clientes» o «Proveedores». Por ende, la variación habida en el saldo de «Clientes» y «Proveedores» vinculada a la cuenta de «Ventas» y «Compras», nos permite determinar los cobros por ventas del ejercicio o los pagos por compras a los proveedores.

Al estar en este momento calculando los flujos de efectivo de explotación, solamente se eliminarán aquellas partidas acreedoras o deudoras que tengan su origen en el tráfico de la empresa.

Después de efectuar estas eliminaciones las cuentas de balance vinculadas a la explotación de la empresa deberán quedar con saldo «0», es decir, grupos 3 y 4 del PGC, salvo alguna cuenta del subgrupo 47.

EJEMPLO 9:

En la hoja de trabajo buscamos todas las cuentas de los grupos 3 y 4 con variación y procedemos eliminar su saldo, salvo las cuentas de subgrupo 47 que tengan su origen en el impuesto sobre beneficios.

En este caso creemos que es más sencillo efectuar primero los ajustes en la hoja de trabajo y posteriormente en el EFE.

Ajuste-8 (Existencias)			
40	Existencias	Resultado del ejercicio	40

Ajuste-9 (Acreedores y otras...)			
35	Proveedores moneda extranjera	Acreedores	25
		Resultado del ejercicio	10

Ajuste-10 (Otros pasivos corrientes)			
10	Resultado del ejercicio	Remuneraciones pendientes de pago	10

.../...

.../...

3. Cambios en el capital corriente:		40
a) Existencias (+/-)	(8)	40
b) Deudores comerciales y otros (+/-)		
c) Otros activos corrientes (+/-)		
d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)	(9)	10
e) Otros pasivos corrientes (+/-)	(10)	-10
f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)		

Obsérvese que después de este ajuste las cuentas de balance vinculadas a la explotación de la empresa han quedado con saldo «0», es decir, las cuentas pertenecientes a los grupos 3 y 4 del PGC, salvo alguna cuenta del subgrupo 47 vinculada con la contabilización del impuesto sobre beneficios que se eliminarán en el siguiente paso.

2.4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación.

Finalmente, para poder determinar los flujos de efectivo provenientes de la actividad de explotación, resulta necesario efectuar algunos ajustes que se derivan de la propia metodología seguida. El PGC exige que se informe de manera separada de los flujos de efectivo correspondientes a intereses, dividendos percibidos e impuestos sobre beneficios.

2.4.1. Pagos y cobros de intereses y dividendos percibidos.

4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		
a) Pagos de intereses (-)		
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)		

En el apartado segundo, ajustes del resultado, propusimos la eliminación de todos los gastos financieros y todos los ingresos financieros, efectuando en su caso un cargo a la cuenta transitoria «Ajustes en pagos de intereses» o un abono en la partida transitoria «Ajustes en cobros de intereses».

Será en este momento cuando debamos determinar qué parte del saldo de la cuenta transitoria «Ajustes en pagos o cobros de intereses» realmente ha supuesto cobro o pago.

Si, por ejemplo, nos centramos en los intereses pagados, éstos serán los intereses contabilizados como gastos menos los intereses explícitos devengados y no pagados durante el ejercicio más los intereses explícitos pagados en el ejercicio pero devengado en ejercicios anteriores. Es decir, más o menos la variación de la cuenta de balance «Intereses a pagar».

Un problema añadido proviene de la valoración de activos o pasivos a «coste amortizado». La valoración a coste amortizado supone que los intereses devengados se contabilizan en pérdidas y ganancias aplicando el método del tipo de interés efectivo, lo que supone que los gastos e ingresos financieros no coinciden con el pago o cobro de intereses, ya que los gastos o ingresos financieros incluyen, además del interés nominal o explícito, los denominados intereses implícitos –diferencia entre el «tipo de interés efectivo» y el «tipo de interés nominal»–. Por tanto, en el cálculo de los intereses pagados, además deberemos restar a los gastos financieros los intereses implícitos, que suponen gasto, pero que no implican pago.

Para poder llevar a cabo este ajuste, en el PGC (véase cuentas 661 y 662) se recomienda desglosar las cuentas de gastos financieros en cuantas cuentas de cuatro o más cifras sean necesarias; para registrar el interés implícito asociado a la operación. En la práctica, muchas empresas han optado por contabilizar los intereses implícitos al cierre del ejercicio, esta práctica facilita, por un lado, la contabilización de los intereses nominales y la amortización de la deuda y, por otro, la información necesaria para efectuar los ajustes necesarios para elaborar el EFE.

Lo mismo se deberá hacer para determinar los cobros por intereses, que serán los ingresos por intereses menos los intereses explícitos devengados y no cobrados en el ejercicio más los intereses explícitos devengados en ejercicios anteriores pero cobrados en el actual –la variación de las cuentas «Intereses a cobrar» que aparecerán en la hoja de trabajo–, menos, finalmente, los intereses implícitos.

EJEMPLO 10:

En el apartado 2, ajustes del resultado, hemos eliminado la totalidad de gastos financieros por importe de 30 u.m., habiendo trasladado dicho saldo a una cuenta transitoria que hemos denominado «Ajustes en pagos de intereses», que ahora figura en la hoja de trabajo.

Para determinar los intereses pagados, observamos en la hoja de trabajo, en primer lugar, que existen «Intereses no pagados» (Intereses a corto plazo de deudas) cuya variación ha sido acreedora por 20 u.m., lo que supone que 20 u.m. de intereses explícitos devengados en el presente periodo no han sido pagados. Como en el ejemplo propuesto no existen intereses implícitos, los intereses pagados han sido 10 u.m.

En la hoja de trabajo efectuamos un cargo en la cuenta transitoria «Ajustes en pagos de intereses» por su saldo, que será la totalidad de los gastos financieros en los que haya incurrido la empresa y eliminamos los intereses no pagados que han sido 20. La diferencia serán los flujos de efectivo, es decir, los intereses realmente pagados.

Ajuste-11			
20	Int. a corto plazo de deudas		
10	Resultado del ejercicio	«Ajustes en pagos de intereses»	30

.../...

.../...

En el EFE realizamos la siguiente anotación:

4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		
a) Pagos de intereses (-)	(11)	-10
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)		

2.4.2. Pagos o cobros por el impuesto sobre beneficios.

En este momento procederemos a la eliminación del saldo de todas aquellas cuentas aún abiertas del subgrupo 47, salvo la que corresponde a «Activos por diferencias temporarias deducibles» y la de «Pasivos por diferencias temporarias imponibles», que están siempre vinculadas, como veremos posteriormente, a flujos de efectivo de inversión o financiación. Estos ajustes nos permitirán determinar el pago o cobro por el impuesto sobre beneficios. Por consiguiente, para poder determinar correctamente los pagos o cobros por el impuesto sobre beneficios resulta imprescindible haber ajustado previamente el resultado del ejercicio en la hoja de trabajo al resultado antes de impuestos y haber afluado las cuentas que han supuesto pagos por el impuesto, tal y como hemos expuesto al inicio del trabajo, apartado 2.1.

EJEMPLO 11:

En el ejemplo que nos ocupa, el ajuste que hemos denominado «0» nos ha permitido, por un lado, eliminar determinadas anotaciones contables cuya variación no suponían flujo de efectivo y, por otro, recuperar saldos en cuentas cuyos movimientos sí que han supuesto flujos de efectivo durante el ejercicio, como por ejemplo, «H.^a P.^a, retenciones y pagos a cuenta».

En la hoja de trabajo podemos comprobar que las cuentas «Retenciones y pagos a cuenta» tiene una variación deudora por importe de 5 u.m. y que la cuenta «H.^a P.^a, acreedora por impuesto sobre sociedades» tiene una variación deudora por 5 u.m., que se corresponde con el pago efectuado en el presente ejercicio del impuesto sobre beneficios devengado el ejercicio anterior. Por ende, se han efectuado pagos durante el ejercicio por el impuesto sobre beneficios por importe de 10 u.m.

En la hoja de trabajo procedemos a saldar «H.^a P.^a, retenciones y pagos a cuenta» y «H.^a P.^a, acreedora por impuesto sobre sociedades», mediante el siguiente ajuste:

.../...

.../...

Ajuste-12		
10	Resultado del ejercicio	
	H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta	5
	H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades	5

En el EFE efectuamos la siguiente anotación:

d) Pagos (cobros) por impuesto sobre beneficios (-/+)	(12)	-10
---	------	-----

En resumen, el apartado 4 del EFE queda del siguiente modo:

4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		-20
a) Pagos de intereses (-)	(11)	-10
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)		
d) Pagos (cobros) por impuesto sobre beneficios (-/+)	(12)	-10

EJEMPLO 12:

En este momento ya estaremos en condiciones de determinar los flujos de efectivo de explotación, 90 u.m., como podemos apreciar en el EFE. Además habremos completado el apartado «D» del EFE.

En el anexo 1 mostramos los ajustes efectuados en la hoja de cálculo. El «Resultado del ejercicio» coincidirá con los flujos de efectivo de explotación del EFE, epígrafe 5.

ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO FLUJOS DE EFECTIVO DE LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACIÓN		
	NOTAS	200X
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos		20
2. Ajustes del resultado:		50
a) Amortización del inmovilizado (+)	(1)	20
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)	(2)	10
c) Variación de provisiones (+/-)		
		.../...

.../...

...	...	
...	...	
d) Imputación de subvenciones	(3)	-10
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)	(4)	-10
f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-)		
g) Ingresos financieros (-)		
h) Gastos financieros (+)	(5)	30
i) Diferencias de cambio (+/-)	(6)	-10
j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)	(7)	20
k) Otros ingresos y gastos (-/+)		
3. Cambios en el capital corriente		40
a) Existencias (+/-)	(8)	40
b) Deudores comerciales y otros (+/-)		
c) Otros activos corrientes (+/-)		
d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)	(9)	10
e) Otros pasivos corrientes (+/-)	(10)	-10
f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)		
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		-20
a) Pagos de intereses (-)	(11)	-10
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)		
d) Pagos (cobros) por impuesto sobre beneficios (-/+)	(12)	-10
5. Flujo de efectivo de las actividades de explotación (+/-1+/-2+/-3+/-4)		90
D) Efecto de las variaciones de los tipos de cambio		20

PASO TRES: ELIMINACIÓN DE TRANSACCIONES NO MONETARIAS

3.1. Eliminación de transacciones no monetarias.

Llegado a este punto podemos comprobar en la hoja de trabajo que sólo pueden quedar con saldo aquellas cuentas representativas de inversiones o de financiación de la empresa, el resto de las cuentas de balance deben tener saldo «cero», salvo la que corresponde a «Activos por diferencias temporarias deducibles» y la de «Pasivos por diferencias temporarias imponibles».

Hasta ahora hemos estado ajustando el resultado del ejercicio para conseguir que el mismo represente los flujos de efectivo de explotación. A partir de este momento trataremos de determinar los flujos de efectivo de inversión y, posteriormente, los flujos de efectivo de financiación.

Para lograr este objetivo debemos realizar una serie de ajustes previos a través de los cuales eliminaremos las denominadas transacciones no monetarias, es decir, operaciones de inversión y financiación que no tienen impacto directo en los flujos de efectivo, aunque afecten a la estructura del activo y pasivo de la empresa y que no deben aparecer en el EFE.

Para comprobar la existencia de transacciones no monetarias debemos recurrir a la memoria o al asiento de cierre. Algunos casos de transacciones no monetarias que deben ser eliminadas son:

1. Conversión de deuda en instrumentos de patrimonio (apartado 9.3 de la memoria).
2. Adquisición de activos mediante arrendamiento financiero (apartado 8.1 de la memoria).
3. Combinaciones de negocios (apartado 19 de la memoria).
4. Adquisición de un activo a crédito.
5. Permutas (apartado 4.5 de la memoria).

En caso de existir una operación de inversión que implique una contraprestación parte en efectivo o activos líquidos equivalentes y parte en otros elementos, sólo se incluirá en el EFE la parte de la contraprestación que sea en efectivo o equivalentes.

6. Clasificación de activos no corrientes como mantenidos para la venta (apartado 21 de la memoria).
7. Reclasificación de pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta (apartado 21 de la memoria).
8. Reclasificaciones de activos y pasivos no corrientes en activos y pasivos corrientes (asiento de cierre).

3.2. Eliminación de activos y pasivos por diferencias temporarias.

Mención especial merecen los «Activos por diferencias temporarias deducibles» y la de «Pasivos por diferencias temporarias imponibles» cuyos saldos, per se, nunca representan transacciones monetarias. Las variaciones en saldo de estos activos o pasivos siempre estarán vinculados, de suponer flujos, con otros flujos de efectivo de inversión o financiación. Por ejemplo, cuando una empresa recibe una subvención de capital se produce un flujo de efectivo por el total importe de la subvención concedida, es decir, por el importe que ha sido considerado como ingresos imputado directamente al patrimonio neto. El hecho de que la hoja de trabajo que hemos elaborado para formular el EFE parta de las variaciones en los saldos de las cuentas de balance implica que al haber-

se reconocido las cuotas a ingresar por el impuesto sobre sociedades asociada a la subvención, el flujo de efectivo se encuentra repartido entre la cuenta de patrimonio neto «Subvenciones oficiales de capital» y la cuenta de pasivo «Pasivos por diferencias temporarias imponibles». Para poder efectuar este ajuste consideramos que lo más sencillo es recurrir al estado de ingresos y gastos reconocidos. Si existen ingresos por Subvenciones imputados directamente al patrimonio neto, entonces, procederemos a efectuar un cargo en la cuenta «Pasivos por diferencias temporarias imponibles» con abono a la cuenta transitoria «Ajuste por subvenciones». Si en lugar de ingresos lo que se han producido son transferencias de subvenciones a la cuenta de pérdidas y ganancias, entonces efectuaremos un abono en la cuenta «Pasivos por diferencias temporarias imponibles». Tanto el importe del abono como el del cargo se obtendrán multiplicando el ingreso o la transferencia por el tipo impositivo.

Lo anterior será igualmente aplicables a los «Activos financieros disponibles para la venta», pero en este caso el flujo de efectivo se genera cuando se producen las transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias y no cuando se reconoce, por aplicación del valor razonable al cierre del ejercicio, el ingreso o gasto directamente en el patrimonio neto.

Evidentemente, después de efectuar estos ajustes las variaciones en saldo de las cuentas «Pasivos por diferencias temporarias imponibles» y «Activos por diferencias temporarias deducibles» debe ser cero.

EJEMPLO 13:

Como podemos observar en la memoria de la sociedad, el origen de flujos de efectivo que supone un incremento en el Capital por 50 u.m. se debe a que dicha ampliación se ha llevado a cabo con cargo a Reservas, lo que no supone ni origen ni aplicación de flujos.

Realizamos el siguiente ajuste en la hoja de trabajo:

Ajuste-13			
50	Capital	Reservas	50

El estado de ingresos y gastos reconocidos muestra que se han producido transferencias de subvenciones a la cuenta de pérdidas y ganancias, por lo que efectuamos un abono en la cuenta «Pasivos por diferencias temporarias imponibles» ($10 \times 0,30$) por importe de 3 u.m. Igualmente, se han producido transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias por 5 u.m. por la valoración de instrumentos financieros disponibles para la venta, que deberá ajustarse con la cuenta transitoria «*Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras*» ($5 \times 0,30$), cuenta transitoria que fue creada en el apartado 2.2.2 y posteriormente modificada en el ajuste 7.

.../...

.../...

Ajuste-13			
3	«Ajuste por subvenciones»	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	3
1,5	«Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras»	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	1,5

La hoja de trabajo después del ajuste efectuado se muestra seguidamente (**tabla 2**).

Eliminadas las transacciones no monetarias, el siguiente paso será la determinación de los flujos de efectivo de inversión y de financiación.

Sugerimos, para facilitar las siguientes tareas, que en la hoja de trabajo se inserte una columna que recoja las variaciones de saldo que suponen flujos de efectivo de inversión –los pagos que tienen su origen en la adquisición de activos no corrientes y otros activos no incluidos en el efectivo y otros activos líquidos equivalentes, tales como inmovilizados intangibles, materiales, inversiones inmobiliarias o inversiones financieras, así como los cobros procedentes de su enajenación o de su amortización al vencimiento–, otra para las variaciones de flujo de efectivo de financiación –los cobros procedentes de la adquisición por terceros de títulos valores emitidos por la empresa o de recursos concedidos por entidades financieras o terceros, en forma de préstamos u otros instrumentos de financiación, así como los pagos realizados por amortización o devolución de las cantidades aportadas por ellos, también los pagos a favor de los accionistas en concepto de dividendos– y, finalmente, una columna que recoja la variación de tesorería asignando a cada una de estas columnas las correspondientes variaciones.

Los flujos de efectivo resultantes por diferencia entre aplicación y origen de cada una de las columnas serán los flujos de efectivos de inversión y financiación.

Finalmente, resta determinar de forma separada, en lo que a los flujos de efectivo de inversión se refiere, los pagos por inversiones y los cobros por desinversiones llevadas a cabo y, en lo referente a los flujos de efectivo de financiación, los cobros y las devoluciones de financiación.

TABLA 2								
HOJA DE TRABAJO								
	Variación		Ajustes 13		Ajustes		Variaciones	
	A	O	D	H	A	O	A	O
Construcciones	100	0			0	0	100	0
Terrenos	20	0			0	0	20	0
Maquinaria	10	0			0	0	10	0
Amortización acumulada inmovilizado material	0	0			0	0	0	0
Deterioro de valor de activos no corrientes	0	0			0	0	0	0
Inversiones financieras permanentes	0	30			0	0	0	30
Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	0	0			0	0	0	0
Existencias	0	0			0	0	0	0
Inversiones financieras a corto plazo	30	0			0	0	30	0
Bancos c/c	30	0			0	0	30	0
Capital social	0	50	50		50	0	0	0
Reservas	50	0		50	0	50	0	0
Subvenciones oficiales de capital	7	0			0	0	7	0
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3,5	0	0	0	0	0	3,5	
Pasivos por impuestos diferidos	4,5	0		4,5	0	4,5	0	0
Préstamos a corto plazo	0	50			0	0	0	50
Int. a corto plazo de deudas	0	0			0	0	0	0
Remuneraciones pendientes de pago	0	0			0	0	0	0
Proveedores moneda extranjera	0	0			0	0	0	0
Acreedores	0	0			0	0	0	0
H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades.	0	0			0	0	0	0
H.^a P.^a, retenciones y pagos a cuenta	0	0			0	0	0	0
Ajustes en subvenciones	0	10	3		3	0	0	7
Ajustes en cobros por desinversiones de inmovilizado	0	10			0	0	0	10
Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras	0	0	1,5	0	1,5	0	1,5	0
Ajustes en pagos de intereses	0	0			0	0	0	0
Resultado del ejercicio N-1	5	0			0	0	5	0
Resultado del ejercicio N	0	90			0	0	0	90
SUMAS	260	240	54,5	54,5	54,5	54,5	207	187
D. EFECTO DE LA VARIACIÓN DE LOS TIPOS DE CAMBIO	0	20						20
SUMAS	260	260	54,5	54,5	54,5	54,5	207	207
A. FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN	0	90						90

EJEMPLO 15:

Hemos insertado tres nuevas columnas en la hoja de trabajo: flujos de inversión, flujos de financiación y tesorería y hemos procedido a asignar a cada una de estas columnas las cuentas con saldo. De este modo, «Construcciones» con una variación deudora por 100 u.m. se asigna a los flujos de inversión y «Préstamos a corto plazo» con saldo acreedor por 50 u.m. a flujos de efectivo de financiación. Es decir, las cuentas del grupo 2 del PGC que permanecen con saldo se asignan a la columna flujos de inversión y las cuentas del grupo 1 del PGC que permanecen con saldo a la columna financiación. Las cuentas del grupo 5 se asignarán dependiendo de que representen financiación o inversión. Lógicamente la tesorería y equivalente (57) se imputará a la última columna.

Los flujos de efectivo son los siguientes: 90 u.m. de explotación (A), -125 u.m. de inversión (B) y 45 u.m. de financiación (c) a los que habrá que añadir las 20 u.m. (D) del efecto de la variación de los tipos de cambio. Es decir, 30 u.m., resultado que es coincidente con la variación de tesorería que ha pasado de 10 u.m. a 40 u.m.

TABLA 3								
HOJA DE TRABAJO								
	Variaciones		Flujos de inversión		Flujos de financiac.		Tesorería	
FLUJOS DE EFECTIVO	A	O	A	O	A	O	A	O
Construcciones	100	0	100					
Terrenos	20	0	20					
Maquinaria	10	0	10					
Amortización acumulada inmovilizado material	0	0						
Deterioro de valor de activos no corrientes	0	0						
Inversiones financieras permanentes	0	30		30				
Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	0	0						
Existencias	0	0						
Inversiones financieras a corto plazo	30	0	30					
Bancos c/c	30	0					30	
Capital social	0	0						
Reservas	0	0						
Subvenciones oficiales de capital	7	0			7			
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3,5	0	3,5					
Pasivos por impuestos diferidos	0	0			0			
Préstamos a corto plazo	0	50				50		
Int. a corto plazo de deudas	0	0						
Remuneraciones pendientes de pago	0	0						
Proveedores moneda extranjera	0	0						
Acreedores	0	0						
							...	...
							...	...

.../...

.../...								
H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades.	0	0						
H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta	0	0						
Ajustes en subvenciones	0	7				7		
Ajustes en cobros por desinversiones del inmovilizado	0	10	10					
Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras	1,5	0	1,5					
Ajustes en pagos de intereses	0	0						
Resultado del ejercicio N-1	5	0		5				
Resultado del ejercicio N	0	90						
SUMAS	0	0						
	207	187						
D. EFECTO DE LA VARIACIÓN DE LOS TIPOS DE CAMBIO	0	20						
SUMAS	207	207		0	0	0	0	
A. FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN	0	90						
			165	40	12	57	30	0
B. FLUJOS DE EFECTIVO DE INVERSIÓN				-125				
C. FLUJOS DE EFECTIVO DE FINANCIACIÓN						45		
E. VARIACIÓN TESORERÍA (A+B+C+D)								30

PASO CUATRO: FLUJOS DE EFECTIVO DE LA ACTIVIDAD DE INVERSIÓN

Partiendo de la columna «Flujos de inversión» de la hoja de trabajo y de la información contenida en la memoria, apartados 5.1, 6.1, 7.1 y 9, procedemos a cumplimentar el apartado «B» del EFE.

En este apartado deberemos tener presentes los diferentes ajustes realizados mediante cuentas transitorias.

EJEMPLO 16:

Partimos de la **tabla 3** de la hoja de trabajo. Sabemos que los flujos de inversión son -125 u.m.. En este momento lo que deberemos hacer es reflejar correctamente en el EFE cómo se han producido estos flujos, es decir, importe y motivo de los pagos por inversiones y los cobros por desinversiones y sus causas.

.../...

.../...

En lo que a los inmovilizados materiales se refiere, sabemos por la memoria que se han producido desinversiones de terrenos por importe de 10 u.m.. Los cobros por desinversiones de inmovilizado material habrán sido 20 u.m., 10 u.m. están reconocidas en los «Ajustes en cobros por desinversión de inmovilizado» y las otras 10 u.m. en las variaciones de la cuenta terrenos.

<i>Ajustes en cobros por desinversiones de inmovilizado</i>	0	10		10
---	---	----	--	----

Las variaciones deudoras en las partidas de inmovilizado material han ascendido a 130 u.m., sin embargo, debemos recordar que en el párrafo anterior habíamos registrado la venta de un terreno cuyo valor en libros era 10 u.m., esto hace que el pagos por inversiones en inmovilizado durante el ejercicio sea de 140 u.m.

Construcciones	100	0	100	0
Terrenos	20	0	20	0
Maquinaria	10	0	10	0

Sobre inversiones financieras, sabemos por la memoria que la empresa había vendido activos financieros clasificados como disponibles para la venta y que se había llevado a cabo una inversión, clasificada como mantenida para negociar, por importe de 30 u.m.

En cuanto a la inversión, ésta figura por el importe efectivamente pagado, después del ajuste que realizamos para eliminar las variaciones en valor razonable (ajuste 7).

Inversiones financieras a corto plazo	30	0	30	0
---------------------------------------	----	---	----	---

Para el cálculo del cobro por desinversiones debemos tener en consideración la totalidad de cuentas vinculadas a los activos financieros enajenados. Lo que nos lleva a colegir que los cobros por desinversión de activos financieros han sido de 25 u.m.

Inversiones financieras permanentes	0	30		30
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3,5	0	3,5	
<i>Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras</i>	1,5	0	1,5	

	NOTAS	200X
B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN		
6. Pagos por inversiones (-):		170
a) Empresas del grupo y asociadas		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material		140
		.../...
		.../...

.../...		
.../...		
d) Inversiones inmobiliarias		
e) Otros activos financieros		30
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
7. Cobros por desinversiones (+):		45
a) Empresas del grupo y asociadas		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material		20
d) Inversiones inmobiliarias		
e) Otros activos financieros		25
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión (7 – 6)		–125

PASO CINCO: FLUJOS DE EFECTIVO DE LA ACTIVIDAD DE FINANCIACIÓN

Los cobros y pagos procedentes de activos financieros, así como los correspondientes a los pasivos financieros de rotación elevada podrán mostrarse netos, siempre que se informe de ello en la memoria. Se considerará que el periodo de rotación es elevado cuando el plazo entre la fecha de adquisición y la de vencimiento no supere seis meses.

Partiendo de la columna «Flujos de financiación» de la hoja de trabajo procedemos a cumplir el apartado «C» del EFE. En este caso será preciso recurrir al apartado noveno de la memoria, en concreto al 9.3 en lo que se refiere a los cobros y pagos por instrumentos de patrimonio, y al apartado decimoctavo y cuarto.

EJEMPLO: 17

De idéntico modo, partimos de la **tabla 3** de la hoja de trabajo. Sabemos que los flujos de financiación son 45 u.m. En este momento lo que deberemos hacer es reflejar correctamente en el EFE cómo se han producido estos flujos, separando, tal y como establece el EFE, los cobros y pagos por instrumentos de patrimonio, los aumentos (emisión) y disminución (devolución o amortización) de los instrumentos de pasivo financiero.

En primer lugar, observamos variaciones en la cuenta «Subvenciones», sin embargo debemos tener en cuenta el ajuste en esta misma partida por idéntico importe, por lo que no se han producido cobros por subvenciones.

.../...

.../...

Subvenciones oficiales de capital	7	0			7	
Ajustes en subvenciones	0	7				7

Continuando con la **tabla 3** observamos una variación (origen) en préstamos que ha supuesto un flujo de efectivo neto por importe de 50 u.m.. La memoria nos indica que durante el presente ejercicio la empresa ha obtenido un nuevo préstamo a corto plazo por importe de 80 u.m., lo que implica que se ha producido un flujo de efectivo positivo de 80 u.m. y una devolución por importe de 30 u.m.

Préstamos a corto plazo	0	50				50
-------------------------	---	----	--	--	--	----

Finalmente, la no existencia de cuentas en balance que pongan de manifiesto el que la empresa adeuda dividendos a los accionistas, junto con la información obtenida de la memoria, nos lleva a concluir que el pago de dividendos ha sido de 5 u.m.

Resultado del ejercicio N-1	5	0			5	
-----------------------------	---	---	--	--	---	--

	NOTAS	200X
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN		
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio		0
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+)		
b) Amortización de instrumentos de patrimonio (-)		
c) Adquisición de instrumentos de patrimonio propio (-)		
d) Enajenación de instrumentos de patrimonio propio (+)		
e) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+)		
10. Aumentos y disminuciones en instrumentos de pasivo financiero		50
a) Emisión:		80
1. Obligaciones y valores similares (+)		
2. Deudas con entidades de crédito (+)		80
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (+)		
4. Otras deudas (+)		
b) Devolución y amortización de:		-30
1. Obligaciones y valores similares (-)		
2. Deudas con entidades de crédito (-)		-30
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (-)		
4. Otras deudas (-)		
11. Pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio:		-5
a) Dividendos (-)		-5
b) Remuneración a otros instrumentos de patrimonio (-)		
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación (+/-9+/-10-11)		45

PASO SEIS: EFECTO DE LAS VARIACIONES EN EL TIPO DE CAMBIO

En este punto deberemos incluir, como ya hemos explicado anteriormente (PASO 2, Segundo) las diferencias de cambio que tienen su origen en partidas de efectivo y otros activos líquidos equivalentes denominados en moneda extranjera.

EJEMPLO 18:

En el ejemplo ya hemos completado el apartado «D» del EFE, que quedaba como sigue:

D) Efecto de las variaciones de los tipos de cambio		20
---	--	----

PASO SIETE: AUMENTO O DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTE

El paso siete constituye la prueba final de que el EFE ha sido correctamente formulado. En nuestro caso antes de llegar a este punto tendremos la seguridad, a través de la hoja de trabajo, de que ha sido así. Simplemente quedará traspasar el saldo de efectivo o equivalente inicial y final al EFE y este estado financiero estará terminado.

EJEMPLO 19:

El importe del apartado «E» del EFE se corresponde con la suma de los flujos de efectivo de explotación (+90), de inversión (−125), de financiación (+45) y el efecto de la variación de los tipos de cambio (+20). Este importe debe coincidir con la variación de Tesorería que figura en la última columna de la **tabla 3** (diferencia entre el saldo inicial y final).

E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES (+/−A+/−B+/−C+/−D)		30
Efectivo o equivalente al comienzo del ejercicio		10
Efectivo o equivalentes al final del ejercicio		40

El EFE quedará como sigue:

.../...

.../...

ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO		
	NOTAS	200X
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos		20
2. Ajustes del resultado:		50
a) Amortización del inmovilizado (+)		20
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)		10
c) Variación de provisiones (+/-)		
d) Imputación de subvenciones		-10
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)		-10
f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-)		5
g) Ingresos financieros (-)		
h) Gastos financieros (+)		30
i) Diferencias de cambio (+/-)		-10
j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)		15
k) Otros ingresos y gastos (-/+)		
3. Cambios en el capital corriente:		40
a) Existencias (+/-)		40
b) Deudores comerciales y otros (+/-)		
c) Otros activos corrientes (+/-)		
d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)		10
e) Otros pasivos corrientes (+/-)		-10
f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)		
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		-20
a) Pagos de intereses (-)		-10
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)		
d) Pagos (cobros) por impuesto sobre beneficios (-/+)		-10
5. Flujo de efectivo de las actividades de explotación (+/-1+/-2+/-3+/-4)		90
B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN		
6. Pagos por inversiones (-):		135
a) Empresas del grupo y asociadas		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material (100 + 25 + 10)		135
d) Inversiones inmobiliarias		
e) Otros activos financieros		
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
7. Cobros por desinversiones (+):		10
a) Empresas del grupo y asociadas		

.../...

.../...

.../...		
.../...		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material		
d) Inversiones inmobiliarias		
e) Otros activos financieros		10
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
8. <i>Flujos de efectivo de las actividades de inversión (7 – 6)</i>		-125
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN		
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio		0
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+)		
b) Amortización de instrumentos de patrimonio (-)		
c) Adquisición de instrumentos de patrimonio propio (-)		
d) Enajenación de instrumentos de patrimonio propio (+)		
e) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+)		
10. Aumentos y disminuciones en instrumentos de pasivo financiero		50
a) Emisión:		80
1. Obligaciones y valores similares (+)		
2. Deudas con entidades de crédito (+)		80
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (+)		
4. Otras deudas (+)		
b) Devolución y amortización de:		-30
1. Obligaciones y valores similares (-)		
2. Deudas con entidades de crédito (-)		-30
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (-)		
4. Otras deudas (-)		
11. Pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio:		-5
a) Dividendos (-) (5)		-5
b) Remuneración a otros instrumentos de patrimonio (-)		
12. <i>Flujos de efectivo de las actividades de financiación (+/-9+/-10-11)</i>		45
D) <i>Efecto de las variaciones de los tipos de cambio</i>		20
E) <i>AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES (+/-5+/-8+/-12+/- D)</i>	(90 – 125 +45 + 20)	30
<i>Efectivo o equivalente al comienzo del ejercicio</i>		10
<i>Efectivo o equivalentes al final del ejercicio</i>		40

TABLA I																																
HOJA DE TRABAJO																																
	Variación		Ajustes												Ajustes		Variaciones															
	0		1		2		3		4		5		6		7		8		9		10		11		12		Ajustes		Variaciones			
	A	O	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	A	O	A	O		
Construcciones	100	0																									0	0	100	0		
Terrenos	20	0																									0	0	20	0		
Maquinaria	10	0																									0	0	10	0		
Amortización acumulada inmovilizado material	0	20																									20	0	0	0		
Deterioro de valor de activos no corrientes	0	10																									10	0	0	0		
Inversiones financieras permanentes	0	30																									0	0	0	30		
Derecho por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	5	0																									0	5	0	0		
Existencias	0	40																									40	0	0	0		
Inversiones financieras a corto plazo	10	0																									20	0	30	0		
Bancos c/c	30	0																									0	0	30	0		
Capital social	0	50																									0	0	0	50		
Reservas	50	0																									0	0	50	0		
Subvenciones oficiales de capital	7	0																									0	0	7	0		
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3,5	0																									0	0	3,5	0		
Pasivos por impuestos diferidos	4,5	0																									0	0	4,5	0		
Préstamos a corto plazo	0	50																									0	0	0	50		
Int. a corto plazo de deudas	0	20																									20	0	0	0		
Remuneraciones pendientes de pago	10	0																									0	10	0	0		
Proveedores moneda extranjera	0	45																									45	0	0	0		
Acreedores	25	0																									0	25	0	0		
H. ^a P. ^a , acreedora por impuesto sobre sociedades	0	5	10																								5	10	5	0	0	
H. ^a P. ^a , retenciones y pagos a cuenta		5																									5	5	5	0	0	
Ajustes en subvenciones																											5	5	0	0	0	
Ajustes en cobros por desinversiones de inmovilizado																											5	5	0	0	0	
Ajustes en cobros por desinversiones de inversiones financieras																											0	10	0	10	0	
Ajustes en pagos de intereses																											5	5	0	0	0	
Resultado del ejercicio N-1	5	0																									30	30	0	0	0	
Resultado del ejercicio N	0	10	10	20	10	10	5	30	10	5	20	40	10	10	10	10	60	140	90	90						0	0	5	0	5	0	
SUMAS	280	280	15	15	20	20	10	10	10	30	20	25	40	10	35	30	265	245	260	240						20	20	265	265	260	260	260
D. EFECTO DE LA VARIACIÓN DE LOS TIPOS DE CAMBIO																											0	0	0	0	0	0
SUMAS	280	280	15	15	20	20	10	10	10	30	20	25	40	10	35	30	265	265	260	240						20	20	265	265	260	260	260
A. FLUJOS DE EFECTIVO DE EXPLOTACIÓN																											0	0	0	0	0	0

SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE GESTIÓN DE HACIENDA (AÑO 2001) ADAPTADO AL PGC 2007

ELENA GÓMEZ DÍAZ

Profesora del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de Hacienda convocada el 26 de mayo de 2001].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Aplicación del resultado, ampliación de capital, reducción de capital social, contabilidad de un inversor.
- Caso 2. Contabilidad de sociedades.** Aplicación del resultado, ampliación de capital, reducción de capital, contabilidad de una sociedad inversora.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Valoración de existencias, cambio de criterio contable.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Operaciones de cierre de ejercicio, regularización, impuesto sobre beneficios.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

APLICACIÓN DEL RESULTADO, AMPLIACIÓN DE CAPITAL, REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL,
CONTABILIDAD DE UN INVERSOR

ENUNCIADO

La sociedad anónima «AMPASA» presenta con fecha 31-12-20X4 el siguiente balance de situación (expresado en u.m.):

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Investigación	100.000	Capital social	2.000.000
Otro inmovilizado	3.000.000	Reservas voluntarias	100.000
Activo circulante	1.600.000	Resultados negativos de ejercicios anteriores	(1.100.000)
		Pérdidas y ganancias	(3.300.000)
		Deudas a largo plazo	3.000.000
		Deudas a corto plazo	1.000.000
		Pasivo exigible a corto plazo	3.000.000
TOTAL	4.700.000	TOTAL	4.700.0000

- La sociedad se constituyó el 02-01-20X1.
- La duración del ejercicio económico coincide con el año natural.
- El valor nominal de las acciones es de 100 u.m. acción.
- El resultado negativo del ejercicio cerrado a 31-12-20X3 ascendió a 500.000 u.m.
- Las deudas a largo y corto plazo corresponden a un préstamo con una entidad de crédito. Los intereses devengados y no vencidos están recogidos –entre otras cuentas– en la partida Pasivo exigible a corto plazo. Este préstamo devenga unos intereses del 9% anual a abonar por años vencidos el día 1 de octubre de cada año. La deuda a corto plazo vence el 30 de julio.

Operaciones realizadas por la sociedad «AMPASA» durante el ejercicio 20X5:

1. Con fecha 01-04-20X5 la sociedad celebró la Junta General Ordinaria de Accionistas en el curso de la cual se aprobó:

- Aplicar el resultado de la sociedad correspondiente al ejercicio 20X4 en los siguientes términos:

Base de reparto:

Pérdidas del ejercicio 20X4	3.300.000
A resultados negativos de ejercicios anteriores	3.300.000

- Aumentar el capital social en 5.000.000 de u.m. mediante la emisión de 50.000 acciones de 100 u.m. de valor nominal cada una, con una prima de emisión de 20 u.m. acción. En el caso de que no se suscriban la totalidad de las acciones, el capital social se ampliará en la cuantía suscrita.

2. El 01-05-20X5 finaliza el plazo para hacer efectiva la ampliación de capital suscribiéndose 40.000 acciones, con desembolso total, en las condiciones previstas en la emisión y en esa fecha se inscribe en el Registro Mercantil. Los gastos de ampliación de capital abonados ascendieron a 180.000 u.m.

3. Con fecha 01-06-20X5 la sociedad celebró Junta General Extraordinaria de Accionistas en el curso de la cual aprobó:

- Reducir el capital social por importe de 1.200.000 u.m., con cargo a pérdidas de ejercicios anteriores, mediante la reducción de 20 u.m. del valor nominal del total de las acciones en circulación.
- Proceder a un nuevo aumento de capital, mediante la emisión de acciones de 80 u.m. de valor nominal cada una y con una prima de emisión de 20 u.m. por acción. La inscripción en el Registro Mercantil se lleva a efecto con fecha 1 de agosto del presente año. Esta ampliación se destina a compensar la deuda y los intereses corridos de dicha deuda hasta la fecha de la ampliación. Por este motivo la sociedad opta por la exclusión del derecho preferente de suscripción.

4. El 01-07-20X5 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la ejecución de la reducción de capital. Los gastos de la reducción abonados ascendieron a 60.000 u.m.

5. El 01-08-20X5 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la escritura de la ampliación de capital por compensación de deudas. Los gastos de la operación abonados ascendieron a 120.000 u.m.

Operaciones realizadas por el Sr. RENTISTA en el año 20X5:

1. El accionista Sr. RENTISTA, que suscribió a la constitución 1.000 acciones, y que en la primera ampliación decide acudir a la misma ejerciendo el 90% de los derechos de suscripción. Los derechos sobrantes no puede ejercerlos al no encontrar compradores. Las acciones cotizan en la Bolsa antes de la ampliación al 85%. Este accionista ha clasificado las acciones como disponibles para la venta y al final del ejercicio anterior su cotización fue del 95%.

Nota informativa para los accionistas de la sociedad «AMPASA»: al cierre del ejercicio (31-12-20X5) las acciones de la sociedad cotizan en el mercado continuo al 120%.

TRABAJO A REALIZAR:

- Anotaciones contables de la sociedad «AMPASA», realizadas en el ejercicio 20X5, de acuerdo con la información descrita en los puntos anteriores.

- Anotaciones contables del accionista Sr. RENTISTA, siguiendo la información descrita para el ejercicio 20X5.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones.)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. Contabilidad de «AMPASA».

Número de acciones: $2.000.000/100 = 20.000$ acciones.

Punto 1.

01-04-20X5

Por la aplicación del resultado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores	3.300.000	
129	Resultado del ejercicio		3.300.000

Punto 2.

01-05-20X5

Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	6.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (50.000 × 120)		6.000.000

Por la suscripción y desembolso total de 40.000 acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	4.800.000	
190	Acciones o participaciones emitidas (40.000 × 120)		4.800.000

Por la anulación de las acciones no suscritas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	1.200.000	
190	Acciones o participaciones emitidas (10.000 × 120)		1.200.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	4.800.000	
100	Capital social (40.000 × 100)		4.000.000
110	Prima de emisión o asunción (40.000 × 20)		800.000

Por los gastos de ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	180.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		180.000

En este momento la sociedad tiene un capital social de 6.000.000 dividido en 60.000 acciones de 100 u.m. de valor nominal.

Punto 3.

01-06-20X5

Los acuerdos de reducción y ampliación de capital social se contabilizarán cuando se ejecuten las operaciones, por lo que no procede asiento contable.

Punto 4.

01-07-20X5

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la reducción de capital social de 1.200.000 u.m. para sanear pérdidas de ejercicios anteriores, teniendo en cuenta que en esta operación se debe considerar el artículo 163.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA):

«No se podrá reducir el capital con alguna de las finalidades de los números 1.º y 2.º del artículo anterior cuando la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del 10% del capital.»

Por tanto hay que utilizar la Prima de emisión o asunción por el importe de 800.000, no pudiendo utilizar las Reservas voluntarias ya que tienen saldo deudor de 80.000.

Código	Cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción	800.000	
100	Capital social	1.200.000	
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		2.000.000

Después de la operación anterior el Capital social tiene un valor nominal de 4.800.000 y está formado por 60.000 acciones de 80 u.m. de valor nominal.

Por los gastos de la reducción que al tratarse de gastos relacionados con operaciones de instrumento de patrimonio propio se imputan a Reservas voluntarias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	60.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		60.000

Punto 5.

01-08-20X5

La ampliación de capital por compensación de deudas está descrita en el artículo 156 del TRLSA:

«1. Sólo podrá realizarse un aumento del capital por compensación de créditos cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que al menos un 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años.
- Que al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas, en la forma establecida en la letra c) del apartado primero del artículo 144, una certificación del Auditor de Cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviere Auditor de Cuentas, la certificación deberá ser expedida por un Auditor a petición de los administradores.»

En nuestro caso los saldos de las cuentas afectadas son:

Deudas a largo plazo	3.000.000
Deudas a corto plazo	1.000.000
Pasivo exigible a corto plazo (intereses año anterior).....	90.000
(4.000.000 × 9% × 3/12)	
Intereses del ejercicio actual	210.000
(4.000.000 × 9% × 7/12)	
TOTAL	4.300.000

Valor de emisión de las acciones	100
Número de acciones a emitir (4.300.000/100)	43.000

Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	4.300.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (43.000 × 100)		4.300.000

Por la suscripción de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	3.000.000	
521	Deudas a corto plazo	1.000.000	
–	Pasivo exigible a corto plazo	90.000	
662	Intereses de deudas	210.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		4.300.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	4.300.000	
100	Capital social (43.000 × 80)		3.440.000
110	Prima de emisión o asunción (43.000 × 20)		860.000

Por los gastos de la ampliación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	120.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		120.000

2. Contabilidad del Sr. RENTISTA.

Al inicio del año 20X5 el Sr. RENTISTA tiene los siguientes saldos en su contabilidad:

Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	100.000
(1.000 × 100)	
Valor razonable al 31-12-20X4 (1.000 × 100 × 95%)	95.000
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	5.000

01-05-20X5. Ampliación de capital.

La relación de canje de la ampliación es de: $50.000/20.000 = 5$ nuevas por 2 antiguas. El Sr. RENTISTA tiene 1.000 acciones antiguas que le proporcionan 1.000 derechos de los que ejerce 900 que le permiten suscribir 2.250 acciones nuevas y pierde los 100 derechos restantes al no poder encontrar compradores en Bolsa.

Por el ajuste de las acciones al valor razonable antes de la ampliación (cotización del 85%):

Código	Cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	10.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio [$1.000 \times 100 (95\% - 85\%)$]		10.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	10.000	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		10.000

Por el desglose de los derechos de suscripción valorándose éstos al valor teórico:

2 antiguas $\times 100 \times 85\%$	170
5 nuevas $\times 100 \times 120\%$	600
7 acciones	770
Valor <i>ex ante</i> ($170/2$)	85
Valor <i>ex post</i> ($770/7$)	110
Valor del derecho.....	-25

Al salir el importe con valor negativo el importe del derecho es cero, por lo que no procede contabilización alguna.

Por las acciones suscritas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	270.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($2.250 \times 100 \times 120\%$)		270.000

Por los derechos perdidos no procede asiento contable ya que su valor es cero.

01-07-20X5. Reducción de capital por disminución del valor nominal de las acciones:

No procede asiento contable, si bien en este momento tiene 3.250 acciones de 80 de valor nominal que serán valoradas a valor razonable al cierre del ejercicio.

01-08-20X5. Ampliación de capital por compensación de deudas. Esta ampliación de capital no afecta al Sr. RENTISTA al haber sido eliminados los derechos de suscripción.

31-12-20X5. Ajuste de la cartera a valor razonable

Valor contable	355.000
Valor razonable ($3.250 \times 80 \times 120\%$)	312.000
Ajuste a valor razonable	- 43.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	43.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		43.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	43.000	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		43.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

APLICACIÓN DEL RESULTADO, AMPLIACIÓN DE CAPITAL, REDUCCIÓN DE CAPITAL,
CONTABILIDAD DE UNA SOCIEDAD INVERSORA

ENUNCIADO

La sociedad anónima «PAMASA» presenta con fecha 31-12-20X9 el siguiente balance de situación (expresado en u.m.):

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Otro inmovilizado	13.000.000	Capital social	4.000.000
Activo circulante	6.400.000	Prima de emisión de acciones	100.000
		Reservas voluntarias	2.000.000
		Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	-400.000
		Pérdidas y ganancias	1.000.000
			.../...

.../...		Reserva legal	700.000
		Pasivo exigible a largo plazo	5.090.000
		Pasivo exigible a corto plazo	6.910.000
TOTAL	19.400.000	TOTAL	19.400.000

Información complementaria a los datos del balance:

- La duración del ejercicio económico coincide con el año natural.
- El valor nominal de las acciones es de 200 u.m. acción.
- Las acciones propias se adquirieron a comienzos del ejercicio 20X8 a un precio de 1.000 u.m. cada una.

Operaciones realizadas por la sociedad «PAMASA» durante el ejercicio 20X10:

1. El 04-05-20X10 la sociedad celebró la Junta General Ordinaria de Accionistas en el curso de la cual se aprobó:

- Aplicar el resultado de la sociedad correspondiente al ejercicio 20X9 en los siguientes términos:

Base de reparto:

Beneficio del ejercicio 20X9: 1.000.000

Distribución de resultados:

A reserva legal el mínimo permitido por la ley.

Un dividendo por acción de 19,6 u.m.

A reservas voluntarias el resto.

- Aumentar el capital social sin emisión de nuevas acciones con cargo a reservas disponibles y a la reserva legal en la cuantía máxima posible por importe de 2.000.000 de u.m.
- Reducir el capital social por amortización de acciones propias y con cargo a reservas con el fin de evitar la oposición de los acreedores.

2. El 20-05-20X10 abona a través de Bancos el dividendo acordado.

3. El 01-06-20X10 se inscribe la escritura de ampliación de capital en el Registro Mercantil. Los gastos incurridos en la ampliación ascienden a 30.000 u.m. que se abonan por Bancos.

4. El 04-07-20X10 procede a la reducción de capital social por amortización de las acciones propias y ese día se inscribe la escritura en el Registro Mercantil. Los gastos incurridos en el procedimiento, abonados a través de Bancos, ascendieron a 2.000 u.m.

5. El 01-10-20X10 la sociedad llega a un acuerdo con un proveedor, al que debe 4.000.000 de u.m., por el que se procede a cancelar la deuda mediante la entrega de una construcción, que se valora en 2.000.000 de u.m., y el terreno que la sustenta, que se valora también en 2.000.000 de u.m. En la contabilidad de la sociedad aparece valorado el terreno en 1.000.000 de u.m., según coste histórico, mientras que el precio de adquisición de la construcción fue de 3.000.000 de u.m., con una amortización acumulada de 960.000 u.m. a 31-12-20X9. La sociedad viene dotando amortización en cada ejercicio para la construcción a razón de 70.000 u.m.

Operaciones realizadas por la sociedad «RIBERA»:

1. El 10-02-20X10 adquiere en el Mercado de valores 1.000 acciones de «PAMASA» cuando su cotización es del 1.000% con abono por Bancos que incluye en la categoría de activos financieros disponibles para la venta.

2. El 04-05-20X10 tiene conocimiento del dividendo aprobado por la Junta General de Accionistas.

3. El 20-05-20X10 cobra a través de Bancos el dividendo correspondiente.

4. El 01-06-20X10 acude a la ampliación de capital.

5. El 01-10-20X10 llega a un acuerdo con la sociedad «PAMASA» por el que se cancela el crédito contra la misma que tiene como cliente por importe de 4.000.000 de u.m., recibiendo a cambio una construcción con valor razonable de 2.000.000 de u.m. y el terreno sobre el que se asienta con valor razonable de 2.000.000 de u.m. La operación de compra de ambos elementos supone unos gastos de 8.000 de u.m., abonados a través de Bancos. Esta operación supone la ventaja de aproximar el producto al cliente, con el que firma un contrato estable de suministrador preferente. Está previsto que en el ejercicio 20X11 se someta la construcción a una reparación importante que dará como resultado una mejora evidente, aumentando su eficiencia productiva; la cuantía prevista en la reparación se aproxima a 1.000.000 de u.m., mientras tanto la construcción no se encuentra operativa.

6. Al cierre del ejercicio del año 20X10 tiene conocimiento de que la cotización de las acciones fue del 700%. Además conoce en dicha fecha que la sociedad «PAMASA» estima que el resultado del ejercicio es de 2.500.000 u.m. y que está previsto se destine a repartir dividendos a razón de 30 u.m. la acción.

TRABAJO A REALIZAR:

- Anotaciones contables de la sociedad «PAMASA», realizadas en el ejercicio 20X9, de acuerdo con la información descrita en los puntos anteriores.
- Anotaciones contables de la sociedad «RIBERA», siguiendo el orden descrito en los puntos anteriores.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones.)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2**1. Operaciones realizadas por «PAMASA».**

Punto 1.

04-05-20X10

Por la aplicación del resultado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	1.000.000	
112	Reserva legal ⁽¹⁾		100.000
526	Dividendo activo a pagar ⁽²⁾		392.000
113	Reservas voluntarias		508.000

⁽¹⁾ Artículo 214 del TRLSA.

20% Capital social = $20\% \times 4.000.000 = 800.000$

Reserva legal anterior = 700.000

Dotación: 10% del Resultado del ejercicio = $10\% \times 1.000.000 = 100.000$

⁽²⁾ $20.000 \times 19,6 = 392.000$ lo que supone un dividendo efectivo por acción de $392.000/19.600 = 20$. También podría defenderse que el importe del dividendo fuese de 19,6 u.m. a las acciones en circulación, esto es, $19.600 \text{ acciones} \times 19,6 = 384.160 \text{ u.m.}$ A efectos de solución se sigue la primera alternativa.

Punto 2.

20-05-20X10

Por el pago del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	392.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		392.000

Punto 3.

Al ser una ampliación de capital por elevación del valor nominal de las anteriores, la nueva cifra de capital social será de:

$$4.000.000 + 2.000.000 = 6.000.000 \text{ u.m.}$$

$$6.000.000 \text{ u.m.} / 20.000 \text{ acciones} = 300 \text{ u.m./acción}$$

Además también hay que tener en cuenta que la sociedad tiene acciones propias a las que corresponden acciones de la ampliación de capital, por lo que la autocartera estará formada a partir de este momento por 4.000 acciones de 300 u.m. de valor nominal con idéntico coste que las anteriores, esto es, 400.000 u.m.

Los asientos relativos a este punto son los siguientes:

Por la elevación del valor nominal de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (20.000 × 100)	2.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		2.000.000

Por la suscripción de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.800.000	
112	Reserva legal	200.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		2.000.000

Capital social incrementado.....	6.000.000
Saldo anterior de la reserva legal.....	800.000
10% capital social (6.000.000 × 10%)	600.000
Se puede utilizar de la reserva legal	200.000

Por los gastos de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	30.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.000

Punto 4.

04-07-20X10

Por la reducción de capital social:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (4.000×300)	120.000	
113	Reservas voluntarias	280.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		400.000

Dado que el enunciado señala que la reducción de capital se hace con cargo a reservas, es necesario constituir la reserva por capital amortizado por el importe del valor nominal del capital reducido.

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	120.000	
1142	Reserva por capital amortizado		120.000

Por los gastos de reducción de capital social:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000

Punto 5.

01-10-20X10

En este punto se trata simplemente del pago de una deuda con un inmovilizado material lo que producirá el correspondiente resultado. Antes de efectuar la entrega de los inmovilizados es necesario dotar la amortización referida al periodo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	52.500	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material ($70.000 \times 9/12$)		52.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores	4.000.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material ($960.000 + 52.500$)	1.012.500	
.../...			

.../...			
210	Terrenos y bienes naturales		1.000.000
211	Construcciones		3.000.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		1.012.500

Operaciones de la sociedad «RIBERA».

Punto 1.

10-02-20X10

Por la adquisición de 1.000 acciones de la sociedad «PAMASA»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (1.000 × 200 × 1.000%)	2.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000.000

Punto 2.

04-05-20X10

Por el reconocimiento del dividendo acordado por la sociedad «PAMASA»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	20.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (1.000 × 20)		20.000

Punto 3.

20-05-20X10

Por el cobro del dividendo de «PAMASA»

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	20.000	
545	Dividendo a cobrar		20.000

Punto 4.

01-06-20X10

No procede asiento contable, ya que al tratarse de una ampliación totalmente liberada el coste de adquisición de las acciones suscritas es cero. En este aspecto, el Plan General de Contabilidad (PGC) señala:

«Los activos financieros disponibles para la venta se valorarán inicialmente por su valor razonable, que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada, más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.»

Punto 5.

Por el cobro del crédito sobre «PAMASA»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	2.000.000	
231	Construcciones en curso	2.000.000	
430	Clientes		4.000.000

Por los gastos asociados a la adquisición que suponen un mayor importe del precio de adquisición:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	4.000	
231	Construcciones en curso	4.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		8.000

Punto 6.

Al tratarse de activos financieros que están incluidos en la cartera de activos financieros disponibles para la venta al cierre del ejercicio se han de ajustar a valor razonable.

Valor contable.....	2.000.000
Valor razonable ($1.000 \times 300 \times 700\%$)	2.100.000
Incremento.....	100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	100.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		100.000

En cuanto a los dividendos que estima que «PAMASA» puede entregar en el futuro porque ha tenido resultados positivos se contabilizarán como ingreso cuando lo acuerde el órgano de administración competente de «PAMASA».

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

VALORACIÓN DE EXISTENCIAS, CAMBIO DE CRITERIO CONTABLE

ENUNCIADO

La sociedad anónima «DIRECTA, SA», dedicada a la comercialización y venta de productos farmacéuticos, ha realizado durante el año 20X10 las siguientes operaciones:

A 1 de enero mantiene en almacén unas existencias iniciales de 200.000 unidades del producto «A», valoradas conforme al criterio del coste medio ponderado, en 18 u.m./unidad. A estos efectos, durante el año 20X9 tan sólo ha realizado dos adquisiciones de producto, el 15 de octubre, de 150.000 unidades a 20 u.m./unidad y el 3 de diciembre de otras 150.000 unidades a 16 u.m./unidad no habiendo existencias iniciales.

Durante el año el volumen de adquisiciones del producto «A» ha tenido el siguiente detalle:

Fecha	Unidades	Precio unitario
2-marzo	35.000	19
27-mayo	70.000	21
3-septiembre	40.000	20
23-noviembre	25.000	20,5

Por su parte, las ventas realizadas de forma sistemática durante todo el ejercicio ascienden a 360.000 unidades, a razón de 30.000 unidades mensuales, contabilizadas siempre a fin de mes, a un precio unitario de 42 u.m./unidad.

Durante el ejercicio económico, la entidad ha tenido que asumir una serie de costes como consecuencia del mantenimiento y gestión de los almacenes de producto terminado que han ascendido a 2.000.000 de u.m. A su vez, las circunstancias del mercado del producto «A», altamente volátil durante el ejercicio y con previsiones similares para ejercicios futuros, han obligado a la sociedad a cambiar el criterio de estimación del valor de las existencias finales considerando mucho más adecuado la aplicación del método FIFO de valoración de *stocks* frente al coste medio ponderado aplicado hasta este momento.

Con fecha 30 de diciembre, el proveedor «ALFA» concede a la sociedad un *rappel* por volumen de compras por importe de 250.000 u.m., derivado, no sólo de estas mercancías, sino de otras compras realizadas. La sociedad entiende que dicho *rappel* no puede ser claramente imputado a unas

determinadas compras, sino que es fruto de la relación permanente y estable con el proveedor durante varios ejercicios económicos.

TRABAJO A REALIZAR:

- Determinación del valor del *stock* final de existencias de producto terminado.
- Contabilización de las operaciones de regularización de existencias.
- Cálculo del resultado de las operaciones de compraventa.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones.)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

1. Determinación del valor del *stock* final de producto terminado.

En este caso se produce un cambio de criterio contable ya que la empresa viene valorando sus almacenes por criterio del precio medio ponderado y desea aplicar el FIFO, ambos reconocidos en el PGC como métodos de valoración de existencias.

El PGC regula los cambios de criterio en la norma de registro y valoración 22.^a, la cual se refiere a este aspecto en los siguientes términos:

«Cuando se produzca un cambio de criterio contable, que sólo procederá de acuerdo con lo establecido en el principio de uniformidad, se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información. El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto».

Criterio del precio medio ponderado.

Las existencias iniciales del año 20X10 (finales del año 20X9) conforme al criterio del precio medio ponderado son:

$$200.000 \times 18 \dots\dots\dots 3.600.000$$

Criterio FIFO.

Año 20X9

	20	16
Existencias iniciales		
Compra 1	150.000	
Compra 2		150.000
Existencias	150.000	150.000
Ventas	-100.000	
Existencias finales año 20X9 = Existencias iniciales año 20X10	50.000	150.000

Siendo su valor:

$50.000 \times 20 + 150.000 \times 16 = 3.400.000$

Año 20X10

	20	16	19	21	20	20,5
Existencias iniciales	50.000	150.000				
Ventas enero	-30.000					
Ventas febrero	-20.000	-10.000				
Existencias	0	140.000				
Compra marzo			35.000			
Ventas marzo		-30.000				
Venta abril		-30.000				
Existencias	0	80.000	35.000			
Compra de mayo				70.000		
Ventas de mayo		-30.000				
Ventas de junio		-30.000				
Ventas de julio		-20.000	-10.000			
Ventas de agosto			-25.000	-5.000		
Existencias	0	0	0	65.000		
Compra septiembre					40.000	
Ventas septiembre				-30.000		
Ventas octubre				-30.000		
Existencias	0	0	0	5.000	40.000	
Compra noviembre						25.000
Ventas noviembre				-5.000	-25.000	
Ventas diciembre					-15.000	-15.000
Existencias finales	0	0	0	0	0	10.000

Existencias finales año 20X10 según FIFO: $10.000 \times 20,5 = 205.000$.

2. Contabilización de las operaciones de regularización de existencias.

Al inicio del año 20X10 por el ajuste para reflejar el cambio de criterio de valoración de las existencias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	200.000	
300	Mercaderías		200.000

Al final del año 20X10 por el ajuste de los inventarios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	3.400.000	
300	Mercaderías		3.400.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	205.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		205.000

3. Cálculo de las operaciones de compraventa.

Ventas de l año 20X10 (30.000 unidades $\times$ 12 meses $\times$ 42) 15.120.000

Menos coste de ventas -6.642.500

Resultado de las operaciones de compraventa 8.477.500

Este resultado se verá incrementado por los *rappels* y disminuido por los costes de mantenimiento que no se incluyen dado que el ejercicio habla del resultado de las operaciones de compraventa.

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

OPERACIONES DE CIERRE DE EJERCICIO, REGULARIZACIÓN, IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

ENUNCIADO

El balance de saldos de la firma «DARSA», a 30 de diciembre de 20X10 presenta el siguiente detalle resumido (expresado en u.m.):

Saldos deudores	Importe	Saldos acreedores	Importe
Cientes	5.000.000	Capital social	55.000.000
Inmovilizado material	30.000.000	Reserva legal	2.000.000
Investigación	7.000.000	Amortización acumulada del inmovilizado material	2.000.000
Desarrollo	8.000.000	Amortización acumulada de gastos de investigación y desarrollo	12.000.000
Gastos financieros	1.500.000	Provisión para impuestos	5.000.000
Compras de materia prima	53.000.000	Diferencias positivas de cambio	2.000.000
Gastos anticipados	200.000	Acreedores comerciales	3.500.000
Activos por diferencias temporarias deducibles	350.000	Ingresos excepcionales	6.000.000
Diferencias negativas de cambio	500.000	Ventas productos terminados	200.000.000
Gastos de personal	85.000.000	Hacienda Pública, acreedora conceptos fiscales	300.000
Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	400.000	Devoluciones de compras	1.000.000
Productos terminados	2.000.000	Deudas a largo plazo	4.200.000
Materias primas	1.050.000	Reversión del deterioro de créditos comerciales	1.000.000
Servicios exteriores	50.000.000		
Tesorería	50.000.000		
Total saldos deudores	294.000.000	Total saldos deudores	294.000.000

Las operaciones pendientes de contabilizar son las siguientes:

- Los productos terminados en almacén a cierre de ejercicio ascienden a un 10% de la producción del año. Para su valoración se incorpora, además del coste de la materia prima consumida, un 20% de los gastos de personal y un 35% de los gastos de servicios exteriores. Al cierre no hay existencias de materias primas.
- Como consecuencia de un procedimiento fiscal abierto, la sociedad es condenada a abonar indemnizaciones por valor de 4.000.000 de u.m. Dicha indemnización no tiene carácter deducible en el Impuesto sobre Sociedades. La sociedad dotó la provisión para impuestos que figura en contabilidad en el ejercicio anterior.
- Los gastos de investigación y desarrollo que figuran en balance, al resultar fracasado el proyecto, son directamente imputados a resultados. Dicha partida tampoco tiene la consideración de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades.
- El inmovilizado material, que no incluye terrenos, se amortiza de media en un 5% anual. El máximo fiscal permitido, teniendo en cuenta los diferentes componentes, es del 4%.
- La cuenta Activos por diferencias temporarias deducibles se refiere a un deterioro por operaciones comerciales no admitida fiscalmente, y que ha sido revertida en el presente ejercicio económico.
- La cuantía de las deducciones y bonificaciones fiscales sobre cuota asciende a 1.011.500 u.m.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Contabilizar las operaciones pendientes.

2. Contabilizar el gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades. Tipo de gravamen 30%.
3. Regularización y cierre de cuentas a 31 de diciembre.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. Contabilidad de las operaciones pendientes.

Punto 1.

Para obtener las existencias finales de productos terminados hay que calcular su coste de producción al cual se refiere la NRV 10.^a del PGC en los siguientes términos:

«El coste de producción se determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, los costes directamente imputables al producto.

También deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al periodo de fabricación, elaboración o construcción, en los que se haya incurrido al ubicarlos para su venta y se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción.»

Consumo de materias primas.

Existencias iniciales	1.050.000
Compras netas (53.000.000 – 1.000.000)	52.000.000
TOTAL	53.050.000
Existencias finales	0
Consumo	53.050.000
TOTAL	53.050.000

Coste de producción y existencias finales de productos terminados.

Consumo de materias primas	53.050.000
Gastos de personal (85.000.000 × 20)	17.000.000
Servicios exteriores (50.000.000 × 35)	17.500.000
TOTAL	87.550.000
Existencias finales de productos terminados	8.755.000

Por la regularización de los productos terminados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
712	Variación de existencias de productos terminados	2.000.000	
350	Productos terminados		2.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
350	Productos terminados	8.755.000	
712	Variación de existencias de productos terminados		8.755.000

Por la regularización de las materias primas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
611	Variación de existencias de materias primas	2.000.000	
310	Materias primas		2.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
310	Materias primas	1.050.000	
611	Variación de existencias de materias primas		1.050.000

Punto 2.

Por el reconocimiento de la deuda definitiva y la eliminación del exceso de la provisión.

Código	Cuenta	Debe	Haber
141	Provisión para impuestos	5.000.000	
475	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales		4.000.000
7951	Exceso de provisión para impuestos		1.000.000

Punto 3.

El PGC indica en la NRV 6.^a: «Los gastos de investigación que figuren en el activo deberán amortizarse durante su vida útil, y siempre dentro del plazo de cinco años; en caso de que existan dudas razonables sobre el éxito técnico o la rentabilidad económico-comercial del proyecto, los importes registrados en el activo deberán imputarse directamente a pérdidas del ejercicio».

Por tanto, procede darlos de baja:

Código	Cuenta	Debe	Haber
280	Amortización acumulada de gastos de investigación y desarrollo	12.000.000	
670	Pérdidas procedentes del inmovilizado intangible	3.000.000	
200	Investigación		7.000.000
201	Desarrollo		8.000.000

Punto 4.

Por la amortización del inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (30.000.000 × 5%)	1.500.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		1.500.000

Puntos 5 y 6.

En estos puntos se trata de información que será utilizada en la liquidación del impuesto.

Regularización

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	195.550.000	
66	Gastos financieros		1.500.000
601	Compras de materias primas		53.000.000
668	Diferencias negativas de cambio		500.000
64	Gastos de personal		85.000.000
62	Servicios exteriores		50.000.000
611	Variación de existencias de materias primas		1.050.000
670	Pérdidas procedentes del inmovilizado intangible		3.000.000
681	Amortización del inmovilizado material		1.500.000
			195.550.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
768	Diferencias positivas de cambio	2.000.000	
778	Ingresos excepcionales	6.000.000	
712	Ventas de productos terminados	200.000.000	
608	Devoluciones de compras y operaciones similares	1.000.000	
794	Reversión del deterioro de créditos comerciales	1.000.000	
712	Variación de existencias de productos terminados	6.755.000	
795	Exceso de provisiones	1.000.000	
129	Resultado del ejercicio		217.755.000

Beneficio antes de impuestos = 217.755.000 – 195.550.000 = 22.205.000

2. Conciliación del Impuesto sobre Sociedades, incorporando un cuadro de conciliación entre el resultado contable y la base imponible fiscal.

RESULTADO CONTABLE	22.205.000
+/- Ajustes	
<i>Diferencias permanentes</i>	
Indemnizaciones	-1.000.000
	.../...

.../...	
Gastos I+D	+3.000.000
<i>Diferencias temporarias con origen en el ejercicio</i>	
Amortizaciones	+300.000
Provisión para insolvencias	-1.000.000
BASE IMPONIBLE	23.505.000
Tipo de gravamen	30%
CUOTA ÍNTEGRA	7.051.000
Deducciones y bonificaciones	-1.011.500
CUOTA LÍQUIDA	6.040.000
Retenciones y pagos a cuenta	-400.000
CUOTA DIFERENCIAL	5.640.000

Los asientos derivados de la anterior liquidación relativos al gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades son los siguientes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	6.040.000	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		400.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		5.640.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
474	Activos por diferencias temporarias deducibles amortizaciones (300.000 × 30%)	90.000	
6301	Impuesto diferido		90.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	300.000	
474	Activos por diferencias temporarias deducibles deterioro operaciones comerciales (1.000.000 × 30%)		300.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido		210.000
129	Resultado del ejercicio	6.250.000	
6300	Impuesto corriente		6.040.000

Beneficio después de impuesto = 22.205.000 – 6.250.000 = 15.955.000

Cierre de la contabilidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	55.000.000	
112	Reserva legal	2.000.000	
.../...			

.../...			
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	3.500.000	
410	Acreedores comerciales	3.500.000	
475	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	4.300.000	
171	Deudas a largo plazo	4.200.000	
129	Resultado del ejercicio	15.955.000	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades	5.640.000	
430	Clientes		5.000.000
21	Inmovilizado material		30.000.000
480	Gastos anticipados		200.000
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles		90.000
350	Productos terminados		8.755.000
57	Tesorería		50.050.000

Recensiones Bibliográficas

La externalización de servicios tributarios

Fernando SERRANO ANTÓN (dir.) y varios autores más
Civitas, Madrid, 2009, 176 págs.

No es ésta la primera vez que, desde las páginas de esta Revista, aprovechamos la oportunidad de informar de las publicaciones que vienen coeditándose entre la Editorial Civitas y la Oficina del Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. En esta ocasión, la monografía de la que damos cuenta, y que consta de 14 capítulos, comprende diversos materiales provenientes de la IV Jornada que este negociado municipal organizó, en junio de 2008, sobre la externalización de los servicios tributarios, en la que participaron universitarios, funcionarios, asesores fiscales, empresarios y representantes de los agentes sociales.

En el «Prólogo» de Juan BRAVO RIVERA, Delegado de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, se resalta lo generalizada que está en el ámbito europeo la colaboración de la iniciativa pública con la privada, marco este en el que se debe plantear el debate sobre la externalización de servicios públicos –y no como una pura y simple sustitución de lo público por lo privado, que respondería más a un proceso de privatización–, ya que no debe significar el desmantelamiento de la Administración, sirviendo para promocionar una gestión pública de mayor calidad.

Aunque no se presente así formalmente, el libro cuenta con tres partes claramente diferenciadas. En la primera se concitan varios trabajos referidos a los fundamentos teóricos de la externalización de funciones y/o servicios tributarios, escritos por Miguel CRUZ AMORÓS (de Landwell-PriceWaterhouse Coopers), Joaquim TRIADÚ VILA-ABADAL (de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios), Clemente CHECA GONZÁLEZ (Catedrático de la Universidad de Extremadura), Fernando SERRANO ANTÓN (Defensor del Contribuyente madrileño) y Juan Carlos CORRALES GUILLÉN (del Instituto de Formación y Estudios del Gobierno Local de Madrid).

En la mayoría de las ponencias de este primer bloque, se coincide en los recorridos metodológicos que sirven para deslindar el significado de la externalización (*outsourcing*) de otros fenómenos como la *privatización* y la *desregulación*. En su enfoque global y conceptual, el último de los autores que acaban de citarse hace una enumeración de alternativas para la gestión de los servicios públicos –a saber: 1.ª Gestión directa; 2.ª Gestión indirecta a través del sector privado (v. gr.: contratos de gestión de servicio público y de colaboración público-privada); 3.ª Gestión mixta (por ejemplo, por medio de la creación o participación de la Administración en entidades o una sociedad mixta); 4.ª Gestión a través de una ONG, y 5.ª Gestión intergubernamental (como los consorcios, convenios, mancomunidades, etc.).

En varios trabajos se alude a los principios jurídicos rectores de la actuación administrativa y su eventual externalización, mencionándose el artículo 103.1 de la Constitución y diversos preceptos de las leyes de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y la nueva regulación de los contratos del sector público (Ley 30/2007, de 26 de noviembre).

Y casan, igualmente, los comentarios acerca de los motivos que llevan a externalizar servicios públicos, citándose, entre otros, la intención de procurar una modernización de la gestión pública y obtener mayores cotas de eficiencia, eficacia, calidad y ahorro de costes; las limitaciones presupuestarias impuestas por la Unión Europea –aunque no deba descuidarse que el mito del déficit cero ha saltado por los aires con la situación de crisis–; la falta de personal especializado o de los conocimientos técnicos necesarios y carencia de tecnología precisa; la perspectiva de generación de ingresos para afrontar otros gastos más prioritarios; el abaratamiento de los costes de personal, etc.

La coincidencia de pareceres gira asimismo en torno a la consideración de que la externalización no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para trabajar mejor y para dar un mejor servicio a los ciudadanos, por lo que, como señala Fernando SERRANO, debería ser usado con rigor y sólo cuando la Administración esté preparada para ello.

Los autores también suelen apuntar las dificultades específicas para admitir el *outsourcing* tributario –«pocas Administraciones son tan poco favorables a la externalización como la tributaria», señala CRUZ AMORÓS–. La *terciarización* quedaría limitada, por tanto, a aspectos accesorios y ajenos al *core business* tributario, representativo del ejercicio de autoridad, potestades, facultades, obligaciones y hasta consecuencias sancionadoras para los administrados. El citado autor considera que existe un cierto «bloque de voluntariedad» que admitiría externalizarse, coincidiendo con la lista de aspectos sobre los que legalmente puede gravitar la «colaboración social» en la aplicación de los tributos (art. 92.3 de la Ley General Tributaria), a saber: realización de estudios o informes relacionados con la elaboración y aplicación de disposiciones generales y con la aplicación de los medios de comprobación de valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal y sobre precios medios de mercado; campañas de información y difusión; simplificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias; asistencia en la realización de autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones y en su correcta cumplimentación; presentación y remisión de las mismas, así como cualquier otro documento con trascendencia tributaria, a la Administración, subsanación de defectos, información del estado de las devoluciones y reembolsos y solicitud y obtención de certificados tributarios, todo ello previa autorización de los obligados tributarios.

En el estudio que lleva a cabo el profesor SERRANO ANTÓN se ofrece un catálogo de tareas que las Administraciones tributarias pueden encargar a empresas –se menciona la comprobación, resolución de recursos y reclamaciones, colaboración en la instrucción y resolución del procedimiento inspector y del procedimiento sancionador, así como el mantenimiento y actualización de los padrones tributarios, amén de otras funciones–, resaltando aquellos ámbitos en los que parece difícil legitimar la intervención de las adjudicatarias por suponer el ejercicio de autoridad y plantear problemas de protección de datos personales. La nota de control es resaltada por este autor y por

CHECA GONZÁLEZ, por tratarse de la única forma de garantizar que los servicios externalizados sean de la suficiente calidad y para que queden, en todo caso, garantizados adecuadamente los derechos de los ciudadanos.

El segundo bloque temático que se aborda en el libro muestra la perspectiva de los agentes sociales ante la externalización de servicios tributarios y reúne las contribuciones de Miguel Ángel ABEJÓN RESA (de la Unión General de Trabajadores), Jaime CEDRÚN LÓPEZ (de Comisiones Obreras), Rafael SALAZAR SUÑER (de la Confederación Empresarial de Madrid) y Rafael CALVO ORTEGA (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario).

El rechazo que muestran los sindicalistas se funda en la idea de que dejar la gestión de los servicios públicos a empresas privadas, implica que la Administración pague porque otros hagan lo que hasta ese momento constituía la esencia de su actividad, introduciendo en la misma el concepto de «rentabilidad económica» y haciendo que pueda descuidar los aspectos esenciales de su función –garantía de calidad, universalidad, igualdad de acceso, continuidad y accesibilidad a toda la población–, aun cuando ello pueda suponer un mayor coste.

De esa manera, se plantean diversos inconvenientes que presentan los procesos de externalización –los más significativos serían la existencia de costes de transacción, la imposibilidad de contemplar en los contratos todas las contingencias que se pueden producir a lo largo de su vigencia, la dificultad de contratar la calidad, ofertas oportunistas que den mayor calidad a menor precio y que tras conseguir el contrato provoquen renegociaciones que encarecerán el servicio, así como la creación de monopolios naturales, pues en determinados tipos de contratos la competencia efectiva es muy baja– y se circunscribe a funciones estrictamente auxiliares o complementarias, como la atención telefónica o el *marketing* en determinadas campañas informativas, los servicios tributarios externalizables.

Para el representante de los empresarios madrileños, dejando al margen las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, podrían externalizarse los servicios tributarios de asesoramiento y apoyo administrativo, atención al contribuyente; servicios informáticos, redes y comunicación; así como algunas fases de la gestión recaudatoria. También considera que habría que prestar especial atención, introduciendo las máximas cautelas, a la externalización de servicios que impliquen el traspaso de información confidencial de los ciudadanos. Al término de su ponencia, llama la atención sobre un posible riesgo que se podría producir como consecuencia de la externalización de servicios tributarios y que se traduciría en la pérdida de uniformidad territorial de la gestión, recaudación e inspección, lo cual podría suscitar diferencias en el nivel de «presión fiscal efectiva» para los contribuyentes.

Por su parte, el profesor CALVO ORTEGA propone una pauta a seguir en el debate acerca de las ventajas y desventajas de la externalización, delimitando los servicios que pueden externalizarse, por no afectar a una función propiamente dicha, y los criterios que hay para elegir en una oferta u otra. Después recorre brevemente cinco técnicas de colaboración de los particulares en la gestión tributaria –las retenciones que hacen los sujetos con motivo de los pagos que realizan al contribuyente; la sustitución, de innegable utilidad en la Hacienda Municipal; la repercusión

imperativa de la obligación tributaria en los impuestos indirectos; la información sobre terceros, y la representación obligatoria de los no residentes— que tienen una eficacia gestora formidable y hacen, a su juicio, que cualquier planteamiento de externalización carezca de sentido en lo que se refiere a funciones tributarias propiamente dichas. Al final recomienda una mejora de los servicios tributarios como alternativa a la externalización de los mismos, que pasaría por la intensificación de la interpretación administrativa general a través de circulares; una mayor claridad en la contestación escrita a las consultas; el restablecimiento de la presunción de buena fe en la actuación de los sujetos pasivos y la mejora del amplio campo de la recurribilidad, donde se propone que las reclamaciones económico-administrativas tengan carácter optativo en relación con el recurso contencioso-administrativo, el establecimiento de un arbitraje tributario obligatorio, unipersonal y de derecho, así como la reforma del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

Los últimos capítulos del libro dan muestra de distintas experiencias de servicios tributarios externalizados, al recoger las aportaciones de Gonzalo MILLÁN DEL POZO PORTILLO (Presidente del Colegio de Gestores Administrativos de Madrid), Fernando PLAZA GONZÁLEZ (Director General de Gestión Tributaria Territorial), Sergio PUJALTE GARCÍA (Gerente del Instituto Barcelona Deportes del Ayuntamiento de Barcelona) y de Cristina JIMÉNEZ SAVURIDO (Presidenta de la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa).

Miguel Ángel Martínez Lago