

MARTA VILLAR EZCURRA

JUAN IGNACIO GOROSPE OVIEDO

MIGUEL PÉREZ DE AYALA BECERRIL

Profesores Adjuntos de Derecho Financiero. USP-CEU

PABLO CHICO DE LA CÁMARA

Profesor Titular Interino de Derecho Financiero de la URJC

PEDRO M. HERRERA MOLINA

Profesor Titular de Derecho Financiero de la UCM

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1999

Extracto:

EL tratamiento fiscal de las rentas irregulares en la Ley 40/1998, tanto de los rendimientos como de las ganancias patrimoniales, ha supuesto una innovación, frente al anterior régimen, de imprevisibles consecuencias. Se ha apostado por la simplicidad en la configuración de la base imponible pero a costa de vulnerar principios constitucionales de justicia tributaria, entre otros, los de capacidad económica e igualdad. En los rendimientos, el establecimiento de distintos porcentajes reductores en función del factor generador supone una nueva complicación de tipo aritmético, al tiempo que se aleja de su finalidad -corregir la progresividad- convirtiéndose en una suerte de beneficio fiscal para determinados productos financieros, en los que la reducción llega al 70 por 100. En las ganancias de patrimonio, la tributación separada al 20 por 100 supone un privilegio del capital frente al trabajo. Finalmente, el nuevo régimen de integración y compensación de rentas discrimina al empresario individual frente al constituido en sociedad. El tema dista mucho de haber finalizado como lo muestra la reciente modificación en el tratamiento de los rendimientos del trabajo irregulares motivada por las *stock options*.

Sumario:

- I. Delimitación y fundamento de un régimen singular.
- II. Régimen de los rendimientos irregulares.
 - A. Planteamiento: la aplicación de porcentajes reductores.
 - B. Base de la reducción: su cuestionable limitación.
 - C. Supuesto general.
 - D. Supuestos especiales.
- III. Ganancias y pérdidas patrimoniales irregulares.
 - A. Planteamiento.
 - B. Sistema de cuantificación y corrección monetaria.
 - C. Reglas de afectación y desafectación de elementos patrimoniales y ganancias de patrimonio.
 - D. Reinversión de elementos patrimoniales afectos a la actividad económica y diferimiento de las ganancias de patrimonio.
 - E. Tratamiento de los excesos en reducciones de capital.
 - F. Las ganancias no justificadas de patrimonio generadas en varios años.
 - G. Tributación a tipo fijo. Justificación y consideraciones críticas.
- IV. Integración y compensación.
 - A. La integración de las rentas en la base del impuesto.
 - B. Compensación de las rentas: límites materiales y temporales.
- V. Conclusiones.

Bibliografía.

I. DELIMITACIÓN Y FUNDAMENTO DE UN RÉGIMEN SINGULAR

Dado el carácter periódico del IRPF, la renta se grava en función de la fecha de devengo fijada por el legislador. Ésta coincide (salvo para casos de fallecimiento del sujeto pasivo) con la de finalización del año natural, el 31 de diciembre. En dicho instante concluye el período impositivo y se integran en la base imponible todas las rentas imputables a dicho lapso temporal. En definitiva, en este impuesto el aspecto temporal del elemento objetivo del hecho imponible adquiere una relevancia fundamental¹; y ello -ciñéndonos a la Ley 40/1998- porque si el artículo 6 entiende que el hecho imponible es «la obtención de renta por el contribuyente», y el artículo 12 que el período impositivo es el año natural, devengándose el tributo el 31 de diciembre de cada año, es claro que con el IRPF de cada ejercicio *se va a someter a tributación toda aquella renta gravable obtenida desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre*.

El carácter continuo del elemento temporal genera problemas de retroactividad ante las reformas tributarias durante el transcurso del ejercicio impositivo, y hace que sea el legislador quien decida cuándo cerrar el período relevante. Así, se ha planteado en alguna ocasión la necesidad de ampliar el lapso temporal del año natural para determinadas rentas (empresariales, profesionales o artísticas) que, por su singularidad, presentan problemas de justicia de acuerdo con el principio de capacidad económica. Pensemos, por ejemplo, en un deportista o artista que obtiene una renta importante en un determinado ejercicio y no genera renta alguna en los siguientes. Quizás en este caso, sería más acertado establecer el devengo en función del conjunto de su actividad o vida económica, dada la inestabilidad en la obtención de ingresos. En definitiva, como señalan K. TIPKE y J. LANG, el principio de periodicidad del impuesto sobre la renta tiene un mero carácter técnico y restringe el ideal de la tributación con arreglo a la capacidad económica. De tal principio pueden derivarse determinadas injusticias que han de paliarse mediante medidas de equidad².

El período impositivo anual es una opción legislativa que resuelve los casos más comunes (todas aquellas rentas, bien de trabajo, capital o rendimientos de actividades económicas generadas y obtenidas en un ejercicio concreto se imputarán al ejercicio de generación y percepción, mientras que todas las rentas generadas en un período y percibidas en el siguiente o en otro distinto, se impu-

¹ Vid. por todos, L.M. ALONSO GONZÁLEZ: *Devengo del tributo y período impositivo*, Marcial Pons, Madrid, 1997 y D. PIÑA GARRIDO: *El devengo y el período impositivo en el sistema tributario español*, Colex, Madrid, 1997, *passim*.

² Cfr. K. TIPKE y J. LANG, *Steuerrecht*, 15.ª ed., Otto Schmidt, Colonia, 1996, pág. 224.

tarán al período de generación, o al de percepción en caso de que cumplan las condiciones para invocar el criterio de caja), pero no soluciona el supuesto más conflictivo: aquel en que el período impositivo y el lapso temporal de generación del rendimiento se disocian; es decir, aquellos supuestos en los que el rendimiento se genere en un período de tiempo superior al año. En este caso, el rendimiento obtenido en un solo ejercicio, se habrá generado a lo largo de varios años ³ (rendimiento irregular).

Partiendo pues de todo ello, debemos entender como rentas irregulares todas aquellas cuya generación en el tiempo y consiguiente percepción no se ajuste a un ritmo anual. Así, los rendimientos irregulares estarán caracterizados por dos notas esenciales ⁴:

- a) La no coincidencia entre la realización de la actividad que da lugar a la percepción del rendimiento, y la obtención de éste. Es decir, si lo característico de las rentas irregulares es que se generan en un período plurianual, sería lógico que la imputación temporal correspondiente a una renta irregular no se limitase al período en el que se manifiesta fiscalmente sino que abarcara también alguno o algunos de los anteriores. Ahora bien, este criterio -sin más matices- llevaría a considerar irregulares aquellas rentas cuya exigibilidad no coincide con su efectiva percepción (*v.gr.*, las rentas aplazadas), lo que no resulta correcto.
- b) Por ello, debe añadirse una segunda nota: en las auténticas rentas irregulares se produce un desajuste entre el período de generación de la renta y su imputación fiscal. En definitiva, las rentas irregulares, además de hacerse efectivas en fecha distinta al ejercicio en el que se generan, se imputan fiscalmente en la base imponible de un ejercicio que resulta desbordado por el período de generación.

Dado que cumplen ambas características, se deberían considerar rentas irregulares de un lado, las ganancias de patrimonio generadas por la transmisión de un bien adquirido con más de un año de antelación a la fecha de transmisión; y de otro, aquellos rendimientos que, participando de esta condición, son generados y abonados como rendimientos de trabajo, de capital, o de actividades económicas. Centrándonos en este segundo grupo, podemos mencionar como ejemplos pacíficos de rendimientos irregulares las prestaciones o entregas en forma de capital correspondientes a los Planes de Pensiones (DGT 22-5-1992), las indemnizaciones o ayudas percibidas por el trabajador como consecuencia del número de años de trabajo y permanencia en la empresa, bien sea por expediente

³ Estas consideraciones nos deben llevar a desechar, *a priori*, de la consideración de rentas irregulares aquellas que correspondan a períodos de generación superiores a un año pero que, sin embargo, se van percibiendo acorde con el período de generación, en cada período impositivo, puesto que nos encontraríamos ante rentas puramente regulares continuadas en el tiempo, que realmente conforman el presupuesto-tipo del propio IRPF. Encontramos un supuesto intermedio en el caso de rentas generadas en varios años percibidas de forma fraccionada (por ejemplo, mediante la percepción de anticipos).

⁴ Estas dos notas han sido extraídas de la caracterización que de los rendimientos irregulares ha hecho GOTA LOSADA, en su *Tratado del Impuesto sobre la Renta*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1971, vol. IV., pág. 674 y ss.

de regulación de empleo (DGT 26-6-1992), por despido improcedente (DGT 8-9-1992), invalidez (DGT 17-11-1992), plan de jubilación anticipada (DGT 1-3-1993) o incluso por adaptación a un nuevo puesto de trabajo en la empresa (DGT 31-5-1993), las entregas de acciones a los empleados para premiar su fidelidad después de varios años (DGT 22-12-1992), los alquileres correspondientes a varios ejercicios (bien como cantidad total, DGT 3-3-1994, bien como anticipo, DGT 16-9-1998), la transmisión de activos financieros de rendimiento implícito adquiridos con más de un año de antigüedad, etc. En cambio, constituyen supuestos dudosos, sometidos a debate doctrinal o jurisprudencial, los derechos de autor procedentes de la venta de un libro escrito en varios años, los premios correspondientes a trabajos o estudios realizados en más de un ejercicio, las rentas correspondientes a la promoción inmobiliaria, los honorarios de un arquitecto, etc.

Siendo ello así, conviene insistir en que tanto el período de generación de los rendimientos irregulares como el de las ganancias de patrimonio plurianuales superan el período impositivo del IRPF. Si éste no puede exceder del año natural, podría pensarse que las rentas cuyo período de generación sea superior no deberían quedar sujetas totalmente en ese ejercicio (con determinadas peculiaridades en el caso de las ganancias patrimoniales, sobre las que inciden otros factores).

No obstante, las rentas irregulares se manifiestan en un concreto período impositivo, en el que deben someterse a tributación. En definitiva, por un lado, no sería ni lógico ni acorde con el propio ámbito temporal del impuesto, someter a gravamen las rentas percibidas, como si fuesen una renta más del ejercicio, por esa discordancia temporal entre devengo y período impositivo. Por otro, será necesario que, dada su percepción en el ejercicio, se sometan a tributación en éste, aunque introduciendo las correcciones técnicas adecuadas.

En efecto, pretender que, en el momento en que se manifiesta fiscalmente una renta irregular correspondiente a un período de generación plurianual, y por tanto a ejercicios anteriores, se realice sin más una regularización de esa renta por el sistema más claro de imputar la renta correspondiente a cada período impositivo resultaría inviable por dos motivos:

- a) Ello obligaría a rectificar todas y cada una de las declaraciones anteriores, lo que técnicamente podrá llevar a consecuencias muy gravosas (intereses de demora, aplicación de tarifas anteriores) e incluso a problemas de prescripción.
- b) Aunque fuese practicable la rectificación de las liquidaciones anteriores, sería realmente difícil, en la mayoría de los casos, desglosar verdaderamente qué porcentaje de renta correspondería a cada año. Pensemos, por ejemplo, en los derechos de autor procedentes de una obra escrita a lo largo de tres años. ¿En qué proporción deberían distribuirse entre los tres años anteriores los rendimientos correspondientes al año de publicación?

Ante estas dificultades debe acudir a una técnica diferente: imputar todas las rentas con carácter irregular en el ejercicio en el que se reciben pero adoptando un sistema de gravamen distinto del aplicado a las rentas regulares. En efecto, dado que el IRPF tiene carácter progresivo, la

imputación de toda la renta irregular a un solo período supondría, en definitiva, acumular las rentas de varios períodos en uno sólo, incrementando el tipo aplicable a todas ellas. Esto constituiría un tratamiento fiscal injusto, contrario a los principios del artículo 31 de la Constitución Española ⁵.

En otras palabras, dado que estamos ante rentas generadas a lo largo de varios ejercicios, deben ser gravadas teniendo en cuenta el factor tiempo, por lo que no sería lógico que se añadiesen como una renta más del ejercicio en el que se perciben, aumentando así la progresividad del gravamen ⁶. En primer lugar, los rendimientos generados en períodos superiores a los previstos en la tarifa general no deberían ser sometidos e integrados en ella sin un mecanismo previo de reducción, pues ello produciría un exceso de carga tributaria claramente injusta y propiciaría la elusión y el fraude fiscal.

Una solución teórica -ya aludida- consistiría en repartir las rentas generadas a lo largo de todos los ejercicios correspondientes al período de generación (o de un número de períodos tipificado, coincidente con el de prescripción), evitando así la distorsión de la progresividad. Sin embargo, esto obligaría a realizar liquidaciones complementarias correspondientes a cada uno de los citados ejercicios. En definitiva, esta solución evita teóricamente la injusticia tributaria, pero incurre en un defecto de impracticabilidad administrativa.

Por ello, el legislador venía acogiendo la idea de la tributación separada de las rentas irregulares respecto a las regulares. El complejo sistema pretendía evitar que el cómputo de las rentas regulares netas quedase distorsionado por las rentas irregulares, al tiempo que sometía éstas a un régi-

⁵ Esto nos lleva a entender que en el supuesto de un gravamen proporcional (fijo) la existencia de rendimientos irregulares correspondientes a períodos de generación múltiples no ocasionaría tal problema, puesto que someter a tributación toda la renta en el período de percepción supondría, desde el punto de vista estricto de la cuota tributaria, un efecto similar al que se lograría gravando en cada ejercicio el rendimiento correspondiente. Incluso esta técnica sería loable en estos supuestos, por cuanto que, no suponiendo una injusta técnica impositiva, llevaría a una mayor facilidad de gravamen. Como advierte J. MARTÍN QUERALT sólo la renta regular debe tributar con sometimiento pleno a la escala progresiva del impuesto, el resto debe tener un tratamiento fiscal más suave (J. MARTÍN QUERALT, en J.J. FERREIRO *et al.*, *Curso de Derecho tributario (Parte especial)*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 133).

⁶ Así por ejemplo, en la doctrina española, ya reconocía este efecto y esta necesidad de tratamiento diferente A. CAYÓN GALIARDO al entender que «en términos concisos, puede afirmarse que existen ingresos o rendimientos y también incrementos y disminuciones de patrimonio que no se corresponden con el período impositivo, generalmente anual, en el que se someterán al impuesto. La razón suele consistir en que tales rentas se generan en plazos de tiempo más dilatados que el período impositivo, por lo que al imputarse al mismo, íntegramente, la incidencia de un tipo progresivo hace que sufran una presión fiscal mucho mayor de la que les hubiera correspondido en caso de poder imputarse proporcionalmente a su proceso de generación» («Comentarios a los artículos 57-59 en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, dirigidas por F. VICENTE-ARCHE DOMINGO, Colex, Madrid, 1993, pág.483), aunque más clara fue la propia Comisión para la reforma del IRPF que en su Informe establece que «los rendimientos generados a largo plazo se deberían integrar y compensar sin límite alguno en la base imponible general pero que, al tratarse de rendimientos generados en períodos superiores a los previstos en la tarifa, deberían ser sometidos previamente a un proceso de ponderación que permitiese atenuar el exceso de carga que tal atenuación supone» (Informe de 13 de febrero de 1998, pág. 145); sin embargo, como veremos posteriormente, no consideramos correcta la solución adoptada por la Ley 40/1998, que no se corresponde realmente con el planteamiento inicial. En la doctrina alemana, por todos, *vid.* S.F. SEEGER, quien afirma que el hecho de establecer un mecanismo especial de trato para los rendimientos correspondientes a una actividad plurianual tiene como finalidad paliar la injusticia que supondría el exceso de progresividad que se produciría de otro modo pese a no existir una mayor capacidad económica («§ 34, Außerordentliche Einkünfte», en la obra dirigida por L. SCHMIDT *Einkommensteuergesetz, Kommentar*, 14.ª edición, Verlag C.H. Beck, Munich, 1995, pág. 1.822).

men corrector de la excesiva progresividad. A todo ello se unía el peculiar régimen de los incrementos de patrimonio, fundado en razones de política económica (fomento del ahorro y las inversiones, etc.).

La solución legislativa consistía en dividir los rendimientos irregulares por el número de años en que se consideraran producidos, sumando el cociente a las rentas regulares, y aplicando al resto de las rentas irregulares el tipo impositivo resultante del cálculo anterior (salvo que los rendimientos irregulares excedieran del doble de los regulares, en cuyo caso se dividían por dos a efectos de calcular el tipo de gravamen que les resultaba aplicable). De este modo se lograba evitar que la totalidad de los rendimientos irregulares determinaran la progresividad del gravamen ⁷.

El régimen de los incrementos patrimoniales -tras una azarosa evolución legislativa (anualización, coeficientes reductores de la ganancia patrimonial)- ha eliminado la distorsión de la progresividad mediante el establecimiento de un tipo fijo de gravamen del 20 por 100 (unida, con anterioridad a la reforma de 1998, a la aplicación de coeficientes deflatores a los valores de adquisición y a determinados beneficios fiscales).

II. RÉGIMEN DE LOS RENDIMIENTOS IRREGULARES

A. Planteamiento: la aplicación de porcentajes reductores.

La nueva normativa ha sustituido la técnica de anualización de los rendimientos irregulares por la aplicación de porcentajes reductores. El anterior sistema exigía distinguir entre rendimientos regulares e irregulares a efectos de aplicar el tipo de gravamen -como sucede, en parte, en el ordenamiento alemán ⁸- lo que inducía a prohibir que tales componentes de la base se compensaran libre-

⁷ Es decir, si un sujeto pasivo obtenía en el ejercicio rendimientos regulares por importe de 40 y rendimientos irregulares generados en tres años por importe de 30, se computarían como renta regular total 40 más la parte anualizada de los rendimientos irregulares (en total 50). Si el tipo medio correspondiente a 50 fuese del 30 por 100, tal porcentaje se aplicaría al resto de los rendimientos irregulares, consiguiéndose así las finalidades perseguidas por la Ley.

⁸ Cfr. S.F. SEEGER, § 34, *Außerordentliche*, cit., pág. 1.820 y F. FRANKE, voz «Außerordentliche Einkünfte», en la obra dirigida por W.H. WACKER, *Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung*, 3.ª ed., Verlag Vahlen, Munich, 1994, pág. 63.

El § 34 de la Ley del Impuesto sobre la Renta prevé dos regímenes:

- a) Se califican como rentas extraordinarias (*Außerordentliche Einkünfte*) ciertos componentes de la renta enumerados taxativamente en la Ley: determinadas ganancias patrimoniales (derivadas de la enajenación de empresas, de participaciones significativas en una sociedad y de la enajenación del patrimonio afecto a una actividad profesional); determinadas «indemnizaciones» (por la pérdida de ingresos, por realizar o abstenerse de realizar una actividad, por un derecho de participación en beneficios); rendimientos derivados de la cesión de terrenos para fines públicos que se

mente entre sí. Este último factor originaba una extraordinaria complejidad que la comisión Lagares proponía eliminar. Para ello los «rendimientos generados a largo plazo se deberían integrar y compensar sin límite alguno en la base imponible general del impuesto pero (...) al tratarse de rendimientos generados en períodos superiores a los previstos en la tarifa, deberían ser sometidos previamente a un proceso de ponderación que permitiese atenuar el exceso de carga que tal integración supone. A estos efectos, la Comisión propone que los rendimientos obtenidos a largo plazo sean reducidos previamente a su integración o compensación en la base imponible general del impuesto mediante la aplicación de un coeficiente reductor, que podrá ser distinto en función de las rentas, cualquiera que sea el plazo de generación de los mismos»⁹.

La Comisión no precisó los criterios para calcular los porcentajes reductores pertinentes; se limitó a señalar que deberían determinarse «adecuadamente en función del grado de progresividad de la tarifa», que no deberían variar en función del período de generación de los rendimientos y que podrían diferenciarse en función del tipo de rendimientos.

El que los porcentajes no varíen en función del período de generación es coherente con el deseo de simplicidad (aunque no imprescindible para lograr ese objetivo). Quizá la Comisión quiso evitar que los porcentajes se utilizaran como instrumento para incentivar ciertas inversiones a largo plazo, en lugar de responder al fundamento estrictamente técnico de evitar una distorsión de la progresividad. Resulta significativo que el legislador se haya apartado de la propuesta en el caso de las percepciones derivadas de seguros de vida, buscando favorecer tales fórmulas de ahorro.

La Comisión parecía considerar posible el cálculo de la *distorsión media de la progresividad* sufrida por cada tipo de rendimientos irregulares según la fuente de procedencia. Por ello sugirió el establecimiento de diferentes porcentajes reductores según el rendimiento afectado. En líneas generales el legislador ha hecho caso omiso de esta recomendación, fijando un porcentaje general del 30 por 100 para todos los rendimientos (trabajo, capital, actividades económicas), con la excepción de las prestaciones de previsión social y aquellas otras derivadas de seguros de vida e invalidez percibidas en forma de capital.

A nuestro juicio, el sistema de porcentajes reductores lesiona el principio de igualdad. La duración anual del período impositivo y el carácter progresivo de la tarifa exigen tener en cuenta el período de generación de los rendimientos para determinar el tipo de gravamen. Si comparamos dos rendimientos de igual cuantía, sufrirá más la distorsión de la progresividad aquel que se haya generado

paguen *a posteriori* por un período superior a tres años. En estos casos se aplica un tipo especial equivalente a la mitad del tipo medio que resultaría de aplicar la tarifa progresiva a la totalidad de la renta. Este régimen se aplica con el límite de 30 millones de marcos. El exceso se somete a la tarifa general.

- b) Rendimientos correspondientes a una actividad plurianual: la parte de cuota que les corresponde será el triple de la diferencia entre la cuota correspondiente al resto de la renta y la cuota correspondiente al resto de la renta más un tercio del rendimiento irregular (pág. 1.820) [en definitiva, el rendimiento irregular se anualiza como si se hubiese generado en tres años].

⁹ Informe de 13 de febrero de 1998, *cit.* pág. 146.

en mayor número de años. Es decir, el porcentaje reductor «fijo» discrimina los rendimientos irregulares a largo plazo. Veremos más adelante si este trato desigual puede justificarse en aras de la simplicidad o de otros fines constitucionalmente relevantes.

B. Base de la reducción: su cuestionable limitación.

El artículo 15.3.2.^a LIRPF prevé que las reducciones por rendimientos irregulares se apliquen sobre los *rendimientos netos*. Tal regla parece lógica, pues la distorsión de la progresividad no se produce con relación a los ingresos brutos, sino a los rendimientos netos. Sin embargo, en el caso de los rendimientos del trabajo, las reducciones operan *sobre los rendimientos íntegros* (art. 17.1 LIRPF); es decir, no afecta a los gastos deducibles. Podría pensarse que el legislador está otorgando un tratamiento más favorable a los rendimientos del trabajo, pero en realidad está discriminando los rendimientos regulares frente a los irregulares. Si los gastos deducibles de los rendimientos del trabajo se consideran insuficientes, debería ampliarse su ámbito en lugar de introducirse medidas correctoras que no toman en cuenta la verdadera capacidad económica ¹⁰.

Quizá la aplicación del porcentaje sobre los *rendimientos íntegros del trabajo* responda a finalidades de simplificación. Ciertamente, la aplicación sobre los rendimientos netos plantea el problema de determinar qué parte de los gastos deducibles se consideran imputables al rendimiento irregular. Como afirma perspicazmente I. PÉREZ ROYO, no basta con calcular «la parte proporcional al porcentaje que tales rendimientos irregulares representen del total de los rendimientos (...), sino que habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto, distinguiendo sobre todo entre los rendimientos irregulares por tener un plazo de generación superior a los dos años de aquellos otros que lo son por obtenerse de forma notoriamente irregular en el tiempo». En efecto, respecto de estos últimos, la peculiaridad de los supuestos previstos en el Reglamento, hace que en algunos casos (rendimientos de capital) no deba imputarse gasto alguno como necesario para su obtención ¹¹.

Sin embargo, quizás no sea ello lo más grave de esta regulación; y decimos esto porque recientes avatares de la vida económica ¹² han provocado que en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos

¹⁰ Ello provoca, además, un efecto negativo al disminuir el rendimiento neto del trabajo de cara al cálculo del límite del 20 por 100 por aportaciones a mutualidades y planes de pensiones.

¹¹ Cfr. I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 139. Recordemos que los rendimientos del capital que el Reglamento considera *obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo*, se limitan a los «importes obtenidos por el traspaso o la cesión del contrato de arrendamiento de locales de negocio», las «indemnizaciones percibidas del arrendatario, subarrendatario o cesionario por daños o desperfectos...» y «los importes obtenidos por la constitución o cesión de derechos de uso o disfrute de carácter vitalicio» (art. 14.1 RIRPF para los bienes muebles y art. 20.1 RIRPF para los bienes inmuebles).

¹² Claramente, esta modificación que comentamos ha sido motivada por las ya famosas *stock options* de Telefónica, consistentes básicamente en la posibilidad concedida a los directivos de esta compañía de hacer efectivo en febrero del año 2000 las opciones sobre acciones de la propia Telefónica que a ellos se le concedieron en su momento como rendimientos de trabajo.

del año 2000 ¹³ se hayan introducido dos párrafos al artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, modificando o más bien restringiendo la base sobre la que aplicar el porcentaje del 30 por 100 de reducción para rendimientos irregulares. Así se viene a entender que *la cuantía del rendimiento sobre la que se aplicará la reducción del 30 por 100 no podrá superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación de rendimiento. A estos efectos, cuando se trate de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, se tomarán cinco años y se concluye la modificación entendiendo que reglamentariamente se fijará la cuantía del salario medio anual, teniendo en cuenta las estadísticas del impuesto sobre el conjunto de los contribuyentes en los tres años anteriores.*

Es decir, con esta modificación, resultará lo siguiente: todos los rendimientos de trabajo que puedan catalogarse como irregulares según las notas que hemos ido analizando, tendrán la reducción del 30 por 100 siempre que no superen, en la cuantía anual resultante atendiendo al período de generación (o, en su defecto, al de cinco años), una determinada cuantía fijada reglamentariamente. Así, aquel trabajador que reciba un rendimiento correspondiente a varios períodos, y que como tal pueda ser calificado de irregular, a la hora de integrarlo en su declaración de IRPF, deberá reducirlo en un 30 por 100 sólo en la cuantía anual que resulte según lo fijado por vía reglamentaria, computando el exceso como si fuese un rendimiento íntegro sin reducción alguna.

Dada la premura de este trabajo, y las fechas en las que se aprueba esta nueva redacción del artículo 17, nuestro comentario a tan *polémica* modificación no puede resultar muy extenso; pensamos, sin embargo, que con este breve análisis que vamos a realizar, el lector puede ser plenamente consciente de las consecuencias que se pueden alcanzar. Ello sin embargo no exime de que sea necesario un análisis posterior más profundo.

Esta nueva redacción debe ser criticada por varias circunstancias:

- En primer lugar, por cuanto que como ya se ha dicho ha venido motivada por determinadas realidades económicas de reciente aparición en este sentido, realidades que han sido enjuiciadas desde un punto de vista estrictamente político en función únicamente a la cuantía, y que han desembocado en unas consecuencias fiscales completamente desmesuradas e incluso contrarias a la realidad económica. Realmente, el único motivo para esta redacción ha sido la cantidad de estos rendimientos a percibir por determinados sujetos pasivos.
- Al adoptar esta redacción tan precipitada y esencialmente tan genérica, no sólo van a quedar dentro de este nuevo tratamiento aquellos rendimientos que en principio han sido los determinantes para ella, sino también todos aquellos rendimientos de trabajo que sin ser tan elevados cuantitativamente como aquellos que motivaron esta nueva redacción, sin embargo, sí van a quedar *afectados* por el precepto dada la previsiblemente baja cuantía anual en la que se va a fijar el límite de aplicación del 30 por 100.

¹³ Trabajamos sobre el texto que se encuentra todavía en tramitación en el Senado, por lo que no podemos dar exacta referencia de la Ley.

- Es criticable que además, y motivado por esta atropellada redacción, no se haya fijado la cuantía de lo que va a constituir ese límite, que la ley llama el salario medio anual del conjunto de los declarantes del IRPF, y que será fijado reglamentariamente «teniendo en cuenta las estadísticas del Impuesto sobre el conjunto de los contribuyentes en los tres años anteriores». Es posible que al final quede fijado, dado que realmente va a depender de las estadísticas del Impuesto de ejercicios pasados, muy avanzado el año 2000, con lo que se va a vulnerar claramente la seguridad jurídica que debía amparar a todo aquel contribuyente que debía conocer, desde el 1 de enero, la cuantía a partir de la cual los ingresos irregulares que perciban no van a gozar de la reducción del 30 por 100.
- Nos encontramos, en definitiva, ante la tan criticada legislación «a parches», que tan desastrosos efectos ha tenido siempre en el ámbito tributario, y que, como vemos, parece que no va a resultar una excepción en el ámbito de los rendimientos irregulares.

C. Supuesto general.

Se aplicará el 30 por 100 de reducción sobre los ingresos netos «en el caso de rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. El cómputo del período de generación, en el caso de que estos rendimientos se cobren de forma fraccionada, deberá tener en cuenta el número de años de fraccionamiento en los términos que reglamentariamente se establezcan» [arts. 21.2, 24.2.a) y 30 LIRPF; el artículo 17.2.a), relativo a los rendimientos del trabajo, establece una redacción semejante, con la peculiaridad de que excluye los rendimientos generados en un período superior a dos años *obtenidos de forma periódica o recurrente y determina la aplicación sobre los rendimientos íntegros*]. Parece un error sistemático que el mismo mandato se reitera en cuatro preceptos distintos (con las mencionadas especialidades para los rendimientos del trabajo). Tal vez subyace la idea de la Comisión sobre la diversidad de porcentajes en función de la fuente, porcentajes que cabría diversificar en el futuro [por ejemplo, a través de la Ley de Presupuestos, de acuerdo con lo autorizado en la DF 5.^a b)].

Los rendimientos irregulares siguen asumiendo las dos modalidades previstas en la anterior legislación, si bien con algún matiz de importancia, como veremos seguidamente.

Por una parte, la Ley exige un período de generación superior a dos años para la aplicación de los porcentajes reductores. Como es obvio, la progresividad resulta distorsionada en cuanto el período de generación supera el año, pero el legislador asume cierta injusticia como instrumento para evitar que se fuerce artificialmente un período de generación ligeramente superior al año para *disfrutar* de la reducción del 30 por 100. En realidad esta medida antielusiva pone de relieve el principal problema de los *porcentajes* reductores: que no guardan relación alguna con el grado de distorsión de la progresividad que se ha producido.

En el caso de los rendimientos del trabajo se introduce una cautela complementaria: no se consideran irregulares los rendimientos generados en más de dos años, si se perciben de forma recurrente o periódica. A juicio de algunos autores el legislador pretende evitar la existencia de pactos que establezcan determinadas retribuciones o complementos de productividad con una cadencia superior a los dos años para obtener la reducción del 30 por 100¹⁴. Es decir, la Ley intentaría reaccionar mediante un mecanismo elusivo (o un incentivo a la simulación) que ella misma ha creado.

De todos modos, cabe interpretar que el carácter *recurrente o periódico* sólo está presente cuando la cadencia con que se repiten los rendimientos generados en un período superior a dos años no supere dicho período bianual. De otro modo seguiría produciéndose una distorsión de la progresividad, y los rendimientos irregulares del trabajo quedarían reducidos a aquellos *obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo*, lo que no parece haber pretendido la Ley.

El artículo 10.2 RIRPF parece confirmar indirectamente esta opinión, señalando que «cuando los rendimientos del trabajo con un período de generación superior a dos años se perciban en forma fraccionada, sólo será aplicable la reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 17.2.a) de la Ley del Impuesto, en caso de que el cociente resultante de dividir el número de años de generación, computados de fecha a fecha, entre el número de períodos impositivos de fraccionamiento sea superior a dos». El artículo 10.3 RIRPF llega más lejos -incurriendo probablemente en ilegalidad- pues *no* considera obtenidos de forma periódica o recurrente los derechos de opción de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores cuando no se concedan *anualmente*¹⁵.

Por otra parte, la Ley habilita al Reglamento a concretar qué rendimientos se obtienen de forma notoriamente irregular en el tiempo. El Reglamento realiza una enumeración exhaustiva correspondiente a cada tipo de rendimientos. Como afirma I. PÉREZ ROYO, «esta técnica de la enumeración cerrada nos parece absolutamente innecesaria, ya que el concepto de obtención de forma notoriamente irregular en el tiempo es un concepto jurídico muy poco indeterminado: notoriamente irregular en el tiempo es lo ocasional, lo episódico, lo eventual, lo imprevisto, aquello que no guarda relación alguna con algo que lo preceda o lo siga»¹⁶. Además, la pretendida exhaustividad sólo resulta relevante cuando el período de generación no supera los dos años, pues de otro modo entrará en juego la otra *modalidad* de rendimientos irregulares prevista directamente en la Ley (*v.gr.*, un premio por antigüedad en la empresa concedido por una permanencia superior a dos años). Como afirma un viejo brocardo castellano donde una puerta se cierra otra se abre.

¹⁴ Cfr. L.M. CORREAS GONZÁLEZ y otros, *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, CISS, Valencia, 1999, pág. 168; I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 108; J. LÓPEZ BERENGUER, *El nuevo IRPF y el nuevo Impuesto sobre los «no residentes»*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 159.

¹⁵ El precepto también exige que tales derechos sólo puedan ejercitarse transcurridos dos años desde su concesión. Este último requisito (que nada tiene que ver con el carácter periódico o recurrente de los rendimientos) resulta desafortunado, pues confunde el período de generación de los rendimientos (el hecho de que trae causa la retribución en especie) con el tiempo transcurrido hasta que se ejercita un derecho.

¹⁶ I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 109.

Como se ha anticipado, los porcentajes reductores producen una distorsión del principio de capacidad económica. Esta distorsión sólo resultará constitucional en la medida en que se respeten las exigencias del control de proporcionalidad (idoneidad, lesión mínima y proporcionalidad en sentido estricto). Parece claro que el porcentaje reductor general consigue el objetivo de simplicidad; es decir, resulta idóneo para alcanzar su fin. ¿Podría conseguirse un resultado semejante mediante otro mecanismo que no discriminase los rendimientos a largo plazo? Pensamos que esto podría haberse conseguido, sin merma notable de simplicidad, mediante el establecimiento de porcentajes crecientes aplicables con independencia del origen de los rendimientos. Para evitar que tales porcentajes se convirtieran en un beneficio fiscal, podría establecerse un límite máximo (por ejemplo, si el rendimiento «anualizado» alcanza el tipo marginal máximo, carece completamente de sentido aplicar la reducción al exceso correspondiente a cada uno de los años en que se haya generado el rendimiento. Tampoco tiene sentido la aplicación de *porcentajes* reductores si el contribuyente tributa habitualmente al tipo marginal más elevado). La diversidad de porcentajes no supone complejidad apreciable alguna. En cuanto al procedimiento para fijar un límite máximo, sí podría resultar más difícil, pero sólo afectaría a supuestos excepcionales en los que el importe del rendimiento irregular (o, en su caso, los rendimientos del contribuyente) fuese muy elevado.

D. Supuestos especiales.

Los artículos 17.2, letras b), c) y d) y 24.2, letras b), c) y d) LIRPF establecen diversos supuestos en que serán aplicables porcentajes especiales de reducción. El artículo 11.1. RIRPF (rendimientos de trabajo) señala que las correspondientes reducciones «resultarán aplicables a las prestaciones en forma de capital consistentes en una percepción de pago único. En el caso de prestaciones mixtas, que combinen rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital, las reducciones referidas sólo resultarán aplicables al cobro efectuado en forma de capital. En particular, cuando una vez comenzado el cobro de las prestaciones en forma de renta se recupere la renta anticipadamente, el rendimiento obtenido será objeto de reducción por aplicación de los porcentajes que correspondan en función de la antigüedad que tuviera cada prima en el momento de la constitución de la renta». Una disposición semejante se recoge en el artículo 19.1 RIRPF para las reducciones aplicables a los rendimientos del capital mobiliario derivados de contratos de seguro.

La exigencia de que tales prestaciones no se perciban *en forma de renta* tiene respaldo expreso en el artículo 17.2.e) LIRPF. Ahora bien, la Ley no parece exigir que tal capital se perciba *mediante un pago único*, por lo que tal añadido reglamentario podría considerarse ilegal (pensemos, por ejemplo, que los diversos pagos se realicen dentro del mismo período impositivo, en cuyo caso la periodificación no afectaría a la progresividad del tributo).

Los supuestos en que resultan aplicables porcentajes especiales pueden sintetizarse en el siguiente cuadro:

PORCENTAJES REDUCTORES ESPECIALES (FIJOS Y VARIABLES)			
I. Determinadas prestaciones públicas y semipúblicas de previsión social que tributan como rendimientos del trabajo, percibidas en forma de capital, cuando hayan transcurrido más de 2 años desde la primera aportación (el plazo no se exige en el caso de prestaciones por invalidez):			
Prestaciones públicas percibidas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, orfandad o similares	Reducción del 40%		
Prestaciones percibidas por beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares			
II. Prestaciones percibidas por beneficiarios de planes de pensiones:			
Percibidas en forma de capital, cuando hayan transcurrido más de 2 años desde la primera aportación (el plazo no se exige en el caso de prestaciones de invalidez)	Reducción del 40%		
Percibidas en forma de renta por las personas con minusvalía, correspondientes a las aportaciones sometidas al régimen especial previsto en la disposición adicional 17.ª LIRPF	Reducción de hasta un importe 2 veces el salario mínimo interprofesional		
III. Contratos de seguro:			
Seguros concertados con mutualidades de previsión social que tributen como rendimientos del trabajo	Jubilación (transcurridos más de 2 años desde el pago de la primera prima)	40%	
	Invalidez	40%	
Seguros que cubran los compromisos por pensiones asumidos por las empresas	<i>Prestaciones por jubilación:</i>		
	Correspondientes a primas satisfechas con más de 2 años de antelación	Trabajo	Capital
		40%	30%
	Ídem 5 años de antelación	60%	
	Ídem 8 años de antelación	70%	
Rendimiento total, transcurridos más de 12 años desde el pago de la primera prima (concertados desde el 31-12-1994)	70%		
Y Seguros de vida que tributan como rendimientos del capital	<i>Prestaciones por invalidez:</i>		
	En general	40%	
	Invalidez permanente absoluta y gran invalidez	60%	
	Prestación derivada de contratos con más de 12 años de antigüedad (concertados desde el 31-12-1994)	70%	

Cabe concluir que con los porcentajes reductores especiales se pretende otorgar un trato más favorable a diversos instrumentos de previsión social¹⁷. Por una parte se desea proteger a quien percibe prestaciones públicas o semipúblicas de carácter social, quizá por entenderse que tales situaciones implican una disminución de capacidad económica no suficientemente compensada por el mínimo exento. Por otra, se pretende otorgar un trato de favor a los contratos de seguro, incentivando así la inversión a largo plazo. Probablemente se intenta compensar la supresión de las deducciones en la cuota y de hacer más competitivos los contratos de seguro frente a los planes de pensiones.

En definitiva, se utilizan los *porcentajes* reductores para buscar finalidades distintas de las que teóricamente justifican tal figura. Esto ocasiona problemas de desigualdad y desdibuja la estructura del impuesto. Desde luego, *puede* ser legítima una desviación del principio de capacidad económica para obtener determinados objetivos extrafiscales con anclaje constitucional; también *puede* justificarse el uso de un mecanismo de simplificación, en aras de la practicabilidad, que suponga una desviación de la carga tributaria correspondiente a la exacta capacidad económica del contribuyente. Ahora bien, si se pretende conseguir ambos fines con un solo mecanismo, se produce una confusión que hace difícil determinar con exactitud si el instrumento utilizado es *idóneo, necesario y proporcionado* para alcanzar sus objetivos.

Naturalmente, esta cortina de humo interpuesta por el legislador no basta para impedir el control de constitucionalidad. Al contrario, la práctica imposibilidad para determinar si un mecanismo es idóneo para alcanzar su fin permite presumir una *falta de idoneidad*.

Además, la desviación del principio de capacidad económica *causada por la confusión en un mismo instrumento de fines contrapuestos* resulta claramente *innecesaria* para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador, por lo que no se respeta el principio de lesión mínima. A esta misma conclusión se llegaría si se considerase que el beneficio fiscal otorgado a los contratos de seguro radica en el incremento de la reducción sobre el porcentaje ordinario (de un 10 a un 40%). De ser así estaríamos ante un beneficio fiscal otorgado mediante una reducción de la base, lo cual supondría una distorsión innecesaria de la progresividad, pues favorecería a aquellos contribuyentes con mayor capacidad económica.

Frente a esta idea no puede alegarse que los porcentajes reductores «crecientes» intenten corregir la distorsión de la progresividad ocasionada por el transcurso del tiempo entre el pago de las primas y la percepción del capital. Si se aceptara este argumento los porcentajes reductores crecientes deberían aplicarse a *todos los rendimientos irregulares*, pues resulta claramente inconstitucional esta-

¹⁷ Cfr. en este sentido, con relación a los rendimientos del trabajo, J. BANACLOCHE PÉREZ, *La nueva imposición sobre la renta*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, pág. 116. No obstante, en el caso de seguros que tributen como rendimientos del capital la Ley no hace referencia a la contingencia asegurada, «por lo que resulta indiferente que el capital se perciba con motivo de la jubilación del asegurado o de cualquier otra circunstancia», sin perjuicio del régimen especial para las percepciones por invalidez (M. BLASCO CASTIÑEIRA y J. TORIBIO RAMOS «Gastos deducibles y reducciones», en la obra colectiva, *Comentarios de Urgencia a la Ley del Impuesto sobre la Renta y a la Ley de no Residentes*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 149).

blecer un incentivo para los seguros mediante la técnica de tratar injustamente todos los demás rendimientos irregulares. En otras palabras, no puede incentivarse un mecanismo de previsión voluntaria estableciendo un trato injusto (una progresividad distorsionada) para todos los contribuyentes que perciben rendimientos irregulares derivados de pensiones públicas.

El mecanismo de los *porcentajes* reductores pretende corregir las distorsiones de la progresividad derivadas del carácter periódico del impuesto, pero lo hace de modo errático, generando nuevas injusticias. También resultan cuestionables las medidas antielusorias. Como han señalado K. TIPKE y J. LANG con relación a la Ley de Reforma Tributaria alemana de 1990, resulta criticable que el legislador restrinja los instrumentos para corregir las distorsiones de la progresividad, en lugar de suprimir los auténticos privilegios fiscales ¹⁸.

III. GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES IRREGULARES

A. Planteamiento.

El componente de renta «ganancias y pérdidas de patrimonio» ha visto alterado su tratamiento tributario en no pocas ocasiones. Sin embargo, la inestabilidad normativa no es exclusiva del ordenamiento español, pues el Derecho comparado muestra una notable variedad de regulaciones. Ya en el Informe sobre la reforma de la imposición personal sobre la renta de 1990 ¹⁹, que precedió a la Ley 18/1991, se hacía referencia tanto a los intentos de aproximarse al concepto de «comprehensive income» de Haig-Simons-Carter (el único concepto internamente consistente de renta gravable), como a las soluciones casuísticas y heterogéneas producidas por un acarreo histórico de casos particulares sin referencia teórica concreta (caso francés).

Por su parte, el Informe de la Comisión Lagares para la reforma de 1998, ha hecho un recorrido por el Derecho comparado, en particular considerando la concepción «dual» del tributo que se sigue en países como Suecia y Finlandia, donde generalmente se separa una base de rendimientos de trabajo y empresariales y otra de rentas de capital y ganancias, opción que el Informe rechaza, siguiendo la doctrina más reconocida. Por el contrario, declara como generalmente aceptada la que admite que las ganancias y pérdidas patrimoniales, cuando se generan en períodos superiores al ejercicio, deben ser exoneradas de la acumulación de la progresividad que se produciría al aplicárseles tarifas calculadas para períodos anuales ²⁰. Esto conduce, en la práctica más común, a la utilización

¹⁸ Cfr. K. TIPKE y J. LANG, *Steuerrecht*, cit., pág. 428.

¹⁹ Informe de la Comisión, cit. pág. 73 y ss.

²⁰ En el mismo sentido, HUGH J. AULT, *Comparative income taxation. A Structural Analysis*, Kluwer Law International, Londres, 1997, afirma : «En términos generales las ganancias patrimoniales sometidas a un régimen más favorable son aquellas derivadas de la venta o canje de un elemento que ha permanecido más de un año en el patrimonio del contribuyente», pág. 196.

de una base especial e independiente para las ganancias y pérdidas patrimoniales a largo plazo, que es generalmente sometida a un tipo fijo de gravamen (*v.gr.* en Austria y en el fracasado proyecto para la reforma fiscal alemana) o, incluso, eximida de tributación en algunos países siempre que no se desarrolle en el marco de una actividad económica (*v.gr.* en Alemania, Holanda, Rusia, Dinamarca, Bélgica y Grecia), mientras las obtenidas a corto plazo se integran sin restricciones en la base general del impuesto ²¹. Este argumento junto al de la mayor transparencia de cara a los mercados que supone el gravamen separado de este tipo de ingresos, ha sido determinante en la decisión del legislador de 1998 de gravar las plusvalías de más de dos años al tipo fijo del 20 por 100.

Empezando por la *Ley 44/1978, de 8 de septiembre* -pues sólo desde entonces puede hablarse de un sistema general de imposición a la renta personal- ²², ésta no recogió en su articulado ninguna corrección monetaria para los incrementos de patrimonio. La cuestión sí fue planteada en los debates de esta Ley, e incluso el Proyecto autorizaba al Gobierno para establecer las oportunas correcciones monetarias, pero esta referencia sin embargo se suprimió por el Pleno del Congreso mediante una enmienda del grupo socialista.

Hubo que esperar a la *Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado* para el año 1981, para que se introdujeran unos coeficientes correctores aplicables a los incrementos de patrimonio que, aplicados sobre el valor de adquisición del bien, actualizaban su valor corrigiendo el fenómeno inflacionario ²³.

La *Ley 18/1991, de 6 de junio*, sustituyó el sistema de coeficientes deflatores sobre el valor de adquisición del bien por un mecanismo de exención progresiva en función de la antigüedad en el patrimonio del sujeto pasivo. El sistema instaurado se basaba en la aplicación de diversos porcentajes reductores que operaban directamente sobre el incremento o la pérdida de patrimonio realizada, siempre que hubieran transcurrido más de dos años desde que se adquirió el bien hasta su ulterior

²¹ *Cfr.* pág. 87 del Informe de la Comisión, *cit.* En Alemania, sólo las ganancias especulativas, En Austria, sólo las de actividades empresariales, especulativas y de acciones y obligaciones.

²² La Ley de 20 de diciembre de 1932, que creó la Contribución general sobre la Renta, tenía carácter complementario de las leyes que en la época regulaban los impuestos de producto, mientras que el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, creado por la Reforma de 1964 «acabó con la naturaleza personal del impuesto», *vid.* C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA: *El sistema tributario español y comparado*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1992. Fue la Reforma tributaria de 1978 la que instauró el denominado modelo de renta extensiva de carácter progresivo.

²³ El artículo 37 de la citada Ley estableció que «a efectos de determinar los posibles incrementos o disminuciones de patrimonio a que se refiere el artículo veinte de la Ley 44/1981, y siempre que haya mediado más de un año desde la fecha en que se adquirió el bien que se transmite, el valor de adquisición de los distintos elementos patrimoniales se calculará aplicando al valor que resulte, a partir del 1 de enero de 1979, según las normas vigentes, el coeficiente del índice por sectores que reglamentariamente se determine».

Posteriormente, el Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, sentó el principio de actuación automática y preceptiva sobre el valor de adquisición al disponer que periódicamente en las Leyes de Presupuestos se adaptarían los coeficientes de actualización a las variaciones monetarias con la finalidad de evitar el gravamen de plusvalías puramente monetarias; *cfr.* C. BLASCO DELGADO, *Los incrementos y disminuciones de patrimonio en el IRPF*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 357.

transmisión. Así se aplicaban una serie de reducciones crecientes en función del período de permanencia de los elementos patrimoniales del contribuyente hasta provocar la exención total del incremento tributable. Este sistema podía paliar en algunos casos los efectos de la inflación, pero en realidad respondía a la idea de gravar tan sólo los incrementos de patrimonio *especulativos*, estableciendo una presunción *iuris et de iure* de que la intención especulativa se reducía en función del mayor período de permanencia.

Así, a los bienes inmuebles se les aplicaba un 5,26 por 100. A las acciones admitidas a negociación en los mercados oficiales, un 11,11 por 100, y al resto de bienes, un 7,14 por 100. La exención plena se producía cuando transcurrieran más de veinte, diez y quince años respectivamente, según la naturaleza de los elementos patrimoniales.

Es importante advertir que los porcentajes reductores no iban unidos automáticamente a la calificación de alteración patrimonial como irregular. Si el período de generación era superior a un año pero no excedía de dos, no operaban porcentajes reductores, pese a la condición irregular de la renta.

Tal sistema supuso un retroceso conceptual y de técnica tributaria ²⁴. Presentaba importantes inconvenientes, pues invitaba a un estancamiento de las inversiones para conseguir la exención total de la renta ²⁵. Además llevaba a resultados inicuos al aplicarse no sólo a los «incrementos» sino también a las «disminuciones» de patrimonio, *acentuando la erosión monetaria* en lugar de corregirla. El sistema resultaba insatisfactorio e injusto, por desconocer que el tiempo no sólo no diluye las minusvalías sino que las acrecienta. Además, discriminaba a los empresarios, cuyos incrementos se integraban en el rendimiento empresarial (aunque tributaban a un tipo máximo del 35%), cualquiera que fuese su antigüedad ²⁶.

La Exposición de Motivos del Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, reconoció expresamente estas deficiencias afirmando que «de una parte reduce tanto los incrementos como las disminuciones de patrimonio, con lo cual produce un efecto fiscal contrario a la lógica económica, pues no sólo se desconoce el efecto de la inflación sino que también reduce fiscalmente las pérdidas; y de otra, la existencia de un horizonte temporal fomenta el estancamiento de las inversiones, dado que existe un gran incentivo fiscal para mantener la inversión hasta que transcurre el plazo en que se alcanzaba la no sujeción de los incrementos».

²⁴ E. SANZ GADEA: «Tributación sobre las ganancias de capital y modelos de imposición sobre las rentas de capital», en obra colectiva, *Presente y Futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 343.

²⁵ Vid. por todos, J. MARTÍN QUERALT, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario*, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 116.

²⁶ R. FALCÓN y TELLA, «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva (II): coeficientes de corrección monetaria y rendimientos irregulares», *Quincena Fiscal*, 2, enero 1999, pág. 5.

El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, retornó al sistema originario de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, consistente en actualizar el valor de adquisición del elemento patrimonial (así como del importe de las inversiones, mejoras, amortizaciones y gastos realizados sobre el bien) mediante la aplicación de unos coeficientes aprobados por las Leyes de Presupuestos de cada año. No obstante, el nuevo régimen de tributación limitó sus efectos a las transmisiones de bienes o derechos adquiridos a partir de la entrada en vigor del citado cuerpo normativo (9 de junio de 1996). Respecto de aquellos elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a esa fecha se combinaban dos sistemas:

- a) Si el bien era transmitido durante el año 1996 se aplicaba el sistema de porcentajes reductores que regía hasta la entrada en vigor del Decreto-Ley duplicándose éstos (bienes inmuebles, 11,11%; acciones, 25%; y el resto de bienes, 14,28%). El sistema era especialmente beneficioso, pues al duplicarse los porcentajes reductores se producía la exención total de las plusvalías en un tiempo relativamente corto (cinco años, para las acciones; diez, para los bienes inmuebles; y ocho, para el resto de bienes).
- b) Si el bien se transmitía a partir del 1 de enero de 1997 se simultaneaban los dos mecanismos correctores: el sistema de coeficientes deflatores sobre el valor de adquisición, y el de porcentajes reductores duplicados o agravados sobre el propio incremento nominal. Sin embargo, para limitar los efectos benéficos del sistema se limitaba el período de permanencia de bien al transcurrido desde el momento de la adquisición hasta el 31 de diciembre de 1996. El sistema se mantiene en el régimen actual de la LIRPF 40/1998 para aquellos elementos patrimoniales no afectos a la actividad económica adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994 (disposición transitoria novena).

En definitiva, las modificaciones del Decreto-Ley 7/1996 -y en particular la supresión de los coeficientes reductores- perseguían el principal objetivo de terminar con la cautividad de un elevado número de inversiones, incentivando al mismo tiempo la inversión a largo plazo mediante el diferimiento de gravamen y la garantía de un tipo fijo de gravamen, objetivo que, en parte, se vio cumplido. Como veremos inmediatamente, la Ley 40/1998 ha afrontado otras reformas, buscando la simplificación del régimen tributario aplicable a las ganancias patrimoniales.

B. Sistema de cuantificación y corrección monetaria.

1. Régimen ordinario.

El régimen ordinario regulado en el artículo 33.2 de la nueva LIRPF se aplica para aquellos bienes que se hayan adquirido a partir del 31 de diciembre de 1994. Para los adquiridos con anterioridad a esa fecha, la Ley prevé un régimen transitorio, al que nos referiremos más adelante.

Ambos sistemas contienen previsiones relativas al fenómeno inflacionario que se produce en este tipo de rentas ²⁷. Como venimos señalando, si se cuantifica la alteración patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión, en muchas ocasiones, lo que realmente se estará gravando serán ganancias de patrimonio puramente nominales, generadas por la inflación. De no emplearse un sistema que corrija el fenómeno de la erosión monetaria, nos encontraríamos con una ganancia de patrimonio ficticia, por lo que sería contrario al principio de capacidad económica someterla a tributación. Sin embargo, la Ley 40/1998 (a diferencia de la Ley 74/1980 y del DL 7/1996) sólo prevé la aplicación de coeficientes deflatores para los bienes inmuebles.

En el régimen ordinario -para bienes que hayan sido adquiridos a partir del 31 de diciembre de 1994- se aplican unos determinados coeficientes de actualización sobre el precio de adquisición del bien inmueble. Estos coeficientes se fijan cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así, el artículo 58 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado para el año 1999 ha establecido los siguientes coeficientes de actualización:

AÑO DE ADQUISICIÓN DEL ELEMENTO PATRIMONIAL	COEFICIENTE
1994 y anteriores	1,038
1995	1,097
1996	1,059
1997	1,038
1998	1,018
1999	1

No obstante, como señala el artículo 58 de la LPGE para el año 1999, cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,097.

²⁷ En esta línea, GAGO RODRÍGUEZ ha señalado que «las ganancias de patrimonio constituyen un caso ejemplar, por sufrir tales efectos con especial intensidad. La afectación inflacionaria sobre ellas es importante, evidente en su descripción teórica y conocida empíricamente en algunos casos, por lo que, a pesar de algunas objeciones de oportunidad y eficacia, es amplio el consenso acerca de la necesidad de ajustar su cálculo, practicando alguna técnica de corrección monetaria»; *cfr.* A. GAGO RODRÍGUEZ, «El ajuste inflacionario para las ganancias de capital», *HPE*, 79, 1982, pág. 67. Sin embargo, como atinadamente ha señalado PALAO TABOADA no siempre la elevación de los precios es producto de la erosión monetaria. Así, al ser el nivel de precios «una abstracción teórica que refleja las variaciones parciales de numerosos bienes y servicios de distinto signo e intensidad (...) una elevación general del nivel de precios provoca desplazamientos de riqueza de unos u otros sujetos que no son puramente monetarios (...) así pues el solo aumento del nivel general de los precios no da lugar únicamente a incrementos de valor puramente monetarios, sino también, a incrementos o pérdidas reales de valor»; *cfr.* C. PALAO TABOADA, «La imposición sobre las ganancias de capital y la justicia tributaria», *HPE*, 9, 1971, pág. 55.

A los supuestos de alteraciones de patrimonio derivadas de bienes inmuebles afectos a la actividad económica, que la nueva Ley del Impuesto trata como ganancias de patrimonio, se les aplicarán los coeficientes de actualización que se recogen en el Impuesto sobre Sociedades, que de acuerdo con el artículo 59 de la LPGE para el año 1999 son los siguientes:

AÑO DE ADQUISICIÓN DEL ELEMENTO PATRIMONIAL	COEFICIENTES
Con anterioridad al 1 de enero de 1984	1,889
1984	1,715
1985	1,584
1986	1,491
1987	1,420
1988	1,357
1989	1,298
1990	1,247
1991	1,205
1992	1,278
1993	1,162
1994	1,141
1995	1,096
1996	1,044
1997	1,020
1998	1,007
1999	1,000

En conclusión, la LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, establece como novedad, en relación con el sistema vigente en la LIRPF 18/1991 según la reforma establecida por el Decreto-Ley 7/1996, que este mecanismo corrector es sólo aplicable a los bienes inmuebles. Para los demás bienes (*v.gr.* acciones o participaciones en fondos de inversión colectiva) adquiridos a partir del 31 de diciembre de 1994, y transmitidos desde el 1 de enero de 1999 en adelante, no existirá un mecanismo corrector de la inflación. En estos supuestos, se gravarán ganancias de patrimonio no reales, sino nominales, produciéndose cierta tensión con el principio de capacidad económica y resintiéndose la neutralidad y equidad del Impuesto ²⁸.

²⁸ Para el profesor FALCÓN Y TELLA esta diferencia de trato podría ser inconstitucional, al no habilitar siquiera al reglamento para introducir medidas correctoras tal como reconoció la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al afirmar que la «existencia de coeficientes correctores responde a la naturaleza del Impuesto sobre la renta, que ha de contemplar incrementos reales no monetarios» (STC 20 de julio de 1981, FJ 6.^a), y que «el principio de capacidad económica no permite al legislador desconocer por completo los mecanismos de corrección monetaria, siempre que la erosión inflacionaria sea de tal grado que haga inexistente o ficticia la capacidad económica gravada por el tributo» (STC 221/1992, de 11 de diciembre); *cf.* R. FALCÓN Y TELLA, «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva (II)...», *op. cit.*, pág. 5.

Resulta criticable que el nuevo IRPF no establezca un mecanismo que corrija la inflación para los bienes distintos de los inmuebles que se adquieran o se hayan adquirido a partir del 31 de diciembre de 1994, pues el fenómeno inflacionario no afecta tan sólo a los bienes inmuebles. Por desgracia, la Ley del Impuesto se aleja intencionadamente de la realidad y prescinde del principio de capacidad económica proclamado por la Constitución. Además, parece incoherente que se adopte esta medida cuando el propio legislador en la Exposición de Motivos declara que la finalidad del Impuesto es «establecer un tratamiento *más neutral* de las distintas formas del ahorro». Sin embargo, la Ley del Impuesto incentiva la inversión de bienes inmuebles, en detrimento del ahorro a través de la adquisición de valores u otros bienes.

No obstante, la supresión de los porcentajes reductores en función del período de permanencia supuso una mejora incontestable, pues el anterior sistema (exención parcial o total por el transcurso del tiempo) frenaba el tráfico de bienes al producir el denominado *lock in effect* (efecto cerrojo). Los contribuyentes intencionadamente no realizaban la transmisión hasta que transcurría el número determinado de años para que quedara exento totalmente el incremento de patrimonio, lo que desincentivaba la movilidad patrimonial. La tributación al 20 por 100 (17% tipo de gravamen estatal y 3% tipo autonómico) para las ganancias de patrimonio a largo plazo (superior a dos años) puede suponer un incentivo a la inversión, pero plantea notables problemas de justicia tributaria.

2. Régimen transitorio.

La disposición transitoria novena de la LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, establece un régimen transitorio para las variaciones patrimoniales derivadas de elementos adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994. Así, aquellos bienes patrimoniales que hayan sido adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994 tendrán derecho a la aplicación de un mecanismo para corregir la inflación. La disposición transitoria novena se remite a su vez a lo dispuesto en la disposición transitoria octava de la LIRPF 18/1991, de 6 de junio.

Como ya hemos sintetizado, la LIRPF 18/1991, de 6 de junio, a través de la redacción dada por el Decreto-Ley 7/1996, de 6 de junio, estableció un régimen ordinario y uno transitorio. En el régimen transitorio se distinguían otros dos períodos: uno que comprendía las transmisiones realizadas durante el año 1996, y otro, aplicable para aquellas transmisiones realizadas a partir del año 1997. Pues bien, precisamente la disposición transitoria novena de la LIRPF 40/1998 hace una remisión para los elementos patrimoniales transmitidos a partir del año 1999 y que hayan sido adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994 a los efectos tributarios que establecían las reglas segunda y cuarta de la disposición transitoria octava de la LIRPF 18/1991 y que algunos autores han denominado «régimen transitorio segundo».

Este régimen se caracteriza por combinar los dos mecanismos tendentes a mitigar los efectos producidos por la situación inflacionista en la cuantificación de las alteraciones patrimoniales, es

decir, aplicación conjunta de coeficientes actualizadores del valor de adquisición, y porcentajes reductores sobre la ganancia de patrimonio nominal. Nótese que los porcentajes sólo se aplican sobre la ganancia teórica, no sobre las pérdidas de patrimonio.

Pues bien, el cálculo de la ganancia de patrimonio se iniciará con la aplicación del coeficiente de actualización que establezca la LPGE de cada año en el supuesto de bienes inmuebles. Para el resto de bienes, como venimos señalando, no se aplican coeficientes deflatores.

Si la diferencia entre el valor de adquisición así determinado y el de transmisión es positiva, se procederá a aplicar los porcentajes reductores que a continuación señalaremos, pero limitando el período de permanencia al transcurrido desde el momento de la adquisición hasta el 31 de diciembre de 1996, redondeando por exceso.

Por el contrario, si la diferencia resulta negativa, es decir, si se genera una pérdida de patrimonio, no se aplicarán los porcentajes reductores, sino que se integraría, en su caso, en la base imponible el importe de la pérdida.

Los porcentajes reductores aplicables serán los siguientes:

- a) En el supuesto de bienes inmuebles, derechos sobre los mismos o valores de las entidades comprendidas en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con excepción de las acciones o participaciones representativas del capital social o patrimonio de las Sociedades o Fondos de Inversión Inmobiliaria, la ganancia patrimonial se reducirá en un 11,11 por 100 cada año de permanencia que medie entre la fecha de adquisición del elemento y el 31 de diciembre de 1996, siempre que la fecha de adquisición exceda de dos años.
- b) En el supuesto de acciones admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con excepción de las acciones representativas del capital social de Sociedades de Inversión Mobiliaria e Inmobiliaria, la ganancia se reducirá en un 25 por 100 a los efectos señalados en el supuesto anterior.
- c) Las restantes ganancias se reducirán en un 14,28 por 100 con los mismos efectos que en los dos supuestos anteriores.

Por consiguiente, no estarán sujetas las ganancias de patrimonio que en función de lo señalado en los párrafos anteriores tuviesen un período de permanencia entre la fecha de adquisición y de enajenación superior a diez (bienes inmuebles), cinco (acciones admitidas a negociación), y ocho años (resto de bienes). Se intenta proteger así la confianza legítima de los ciudadanos.

Por otro lado, si se hubiesen efectuado mejoras en los elementos patrimoniales transmitidos, se distinguirá la parte del valor de enajenación que comprenda a cada componente del mismo a efectos de la aplicación de lo dispuesto anteriormente.

Por último, podría cuestionarse si este régimen transitorio es aplicable a las ganancias de patrimonio procedentes de elementos afectos a la actividad económica, que como venimos señalando, tributan actualmente no en atención a las normas del Impuesto sobre Sociedades, sino según las reglas de las ganancias de patrimonio. Dado que anteriormente tributaban conforme a las normas del IS consideramos que no les es aplicable el régimen transitorio, excepto que dichos bienes sean desafectados de la actividad en los términos que establecen los artículos 26.3 y 27 de la LIRPF 40/1998 y 21 del Reglamento.

En resumen, la intención del legislador es que la regulación del nuevo Impuesto no perjudique en exceso a situaciones y derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/1998. Para alcanzar este objetivo, se establece un régimen transitorio pero limitando su eficacia únicamente a bienes adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994. Es decir, dicho régimen despliega su eficacia incluso sobre situaciones anteriores a las establecidas para el régimen transitorio aprobado por el Decreto-Ley 7/1996 (bienes adquiridos antes del 9 de junio de 1996). Por consiguiente, la intención del legislador sobre este punto puede sintetizarse afirmando que el nuevo Impuesto es sensible a la planificación fiscal llevada a cabo durante el anterior régimen del Impuesto, no eliminando de raíz el régimen transitorio.

Otras reglas de Derecho transitorio se prevén como consecuencia del cambio de categorías de renta y en particular por el trasvase de determinados conceptos que antes tributaban como incrementos a la categoría de rendimientos de capital, siempre con el espíritu de salvar situaciones consolidadas al amparo de la Ley 18/1991. Afectan a las rentas derivadas de contratos de seguro de vida suscritos antes de la nueva Ley (disp. trans. sexta) y a la tributación de determinados valores de deuda pública (disp. trans. octava). Tales medidas merecen un juicio positivo.

C. Reglas de afectación y desafectación de elementos patrimoniales y ganancias de patrimonio.

1. Régimen ordinario: Reglas de afectación y futuras ganancias de patrimonio.

La LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, limita la posibilidad de que los contribuyentes afecten los elementos patrimoniales con el fin exclusivo de obtener una mayor rentabilidad fiscal. Según el artículo 26.3 *in fine* «se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años de ésta». La redacción actual establece una redacción completamente distinta de la Ley anterior, pues en esta última también se pretendía limitar la *desafectación* intencionada, a diferencia de la actual cuyo único objeto es prevenir la *afectación* dirigida a aprovecharse de ciertos beneficios fiscales de que sólo disfrutaban los empresarios y

profesionales sujetos al Impuesto. Hasta 1995 (año en que se aprueba la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades) se producía un injustificado trato de favor de los incrementos de patrimonio derivados de elementos no afectos a la actividad económica, a los que se les aplicaba los porcentajes reductores establecidos en la Ley, en detrimento de los afectos a dicha actividad. Este régimen invitaba a desafectar los activos de la empresa antes de transmitirlos para aprovechar los porcentajes reductores aplicables exclusivamente a los elementos patrimoniales no afectos.

En la Ley actual, las ganancias de patrimonio tributan del mismo modo, con independencia de que el bien se considere afecto o no a la actividad, por lo que carecía de sentido mantener la limitación de los tres años para la *desafectación* de bienes. Sin embargo, la Ley 40/1998 establece una cautela análoga para los casos de *afectación*. La finalidad del precepto puede estar en impedir al empresario o profesional persona física la posible deducción de las amortizaciones correspondientes al bien siempre que transmita éste en un plazo inferior a tres años desde su afectación ²⁹. También es posible que la Ley intente reaccionar frente a la afectación de bienes a la empresa familiar con el fin exclusivo de aprovechar los beneficios fiscales previstos para las transmisiones lucrativas en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por último, resulta plausible, en aras de conseguir la aspirada neutralidad del Impuesto, el incorporar al concepto de ganancias y pérdidas de patrimonio los derivados de elementos afectos a la actividad económica, lo que evita -como reconoce abiertamente la Exposición de Motivos- diferenciaciones injustificadas entre los empresarios individuales y las demás personas físicas. Sin embargo, el proceso no ha concluido todavía, pues la actual Ley del Impuesto discrimina entre los empresarios personas físicas, y las personas jurídicas, ya que como ha denunciado recientemente FALCÓN Y TELLA los tipos del IRPF pueden llegar al 48 por 100, si el elemento enajenado tiene menos de dos años de antigüedad, mientras que en el Impuesto societario se aplica con carácter general el 35 por 100 ³⁰. Es evidente que esta diferencia de trato carece de justificación por lo que sería deseable una reforma del Impuesto sobre Sociedades, con el fin de alcanzar una igualdad de tipos de gravamen entre empresarios individuales y societarios.

²⁹ El profesor FALCÓN Y TELLA ha criticado la oscuridad de la norma comentada, pues una primera lectura podría llevar a pensar que la norma es totalmente inocua en el contexto de la nueva Ley del IRPF; y la única forma de dar contenido al precepto es entender que «la misma pretende negar el carácter deducible a la amortización practicada sobre bienes poseídos anteriormente por el sujeto pasivo que, en un momento determinado, se afectan a su actividad, y que posteriormente resulten enajenados antes de que hayan transcurrido tres años desde la afectación. De ser así -continúa el citado profesor- la norma habría de entenderse en el sentido de que, pese a la afectación, la amortización pierde su carácter deducible si se enajena antes de tres años, con el consiguiente mayor rendimiento de la actividad (al tipo marginal) y menor ganancia de capital (al tipo del 20%). Pero ni que decir tiene que, de ser así, debería haberse dicho expresamente, o al menos de una forma más clara, por lo que entiendo preferible considerar simplemente que el segundo párrafo del artículo 26.3 constituye un mero residuo vacío de contenido, que sólo se explica por la inercia del último párrafo del artículo 41.3 de la Ley 18/1991, en cuyo contexto tenía un sentido que ha desaparecido en la Ley actual»; *cfr.* R. FALCÓN Y TELLA, «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva (...)», *op. cit.*, pág. 7.

³⁰ *Ibidem*, pág. 6.

El legislador ha perdido una buena oportunidad para armonizar los tipos del IRPF y del IS aplicables a este supuesto. Quizá hubiera sido más equitativo que las rentas de la actividad económica, ya fuesen ganancias o propiamente rendimientos de la actividad, tributaran al tipo máximo del 35 por 100. Esta medida además coadyuvaría a erradicar de una vez el régimen obligatorio de la transparencia fiscal, creado precisamente por el legislador para impedir la aplicación por los contribuyentes del trato más benévolo que dispensa el Impuesto societario en relación con el IRPF. El régimen que aquí se propone debería limitarse a aquellos casos en que el beneficio de la actividad se reinvirtiera íntegramente en la empresa. En tales supuestos no estaríamos ante auténtica *renta disponible*, por lo que sería razonable diferir la tributación progresiva de tales rendimientos ³¹.

2. Régimen transitorio: Reglas de desafectación de elementos patrimoniales y derechos adquiridos con la vigencia de la Ley anterior.

El régimen transitorio regulado por el Decreto-Ley 7/1996 (disp. trans. octava), y que respecta la actual LIRPF 40/1998 (disp. trans. novena), no era aplicable con la Ley anterior a los incrementos que procedían de la transmisión de elementos del activo fijo empresarial o profesional. Esta disparidad de trato entre bienes afectos y no afectos a la actividad económica llevó al legislador a establecer ciertas cautelas frente a posibles desafectaciones interesadas con objeto de obtener una importante rentabilidad fiscal. El artículo 41.3.3.^a señalaba que no se consideraba producida la desafectación, y por consiguiente, se limitaba la posibilidad de aplicar los porcentajes reductores (con la vigencia del Decreto-Ley 7/1996, «porcentajes reductores agravados»), mientras no transcurrieran tres años desde que el activo se diese de baja en el balance o en el libro registro de bienes de inversión.

La disposición transitoria novena de la LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, con el deseo de respetar expectativas generadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, establece que el régimen transitorio no será aplicable a los elementos patrimoniales afectos a la actividad económica. Sin embargo, la norma no resulta suficientemente clara respecto del momento en que ha debido realizarse la desafectación a efectos del cómputo de los tres años para entender que se tiene derecho a practicar los porcentajes reductores propios de los incrementos de patrimonio ³².

³¹ Cfr., con distintos matices, K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, Otto Schmidt, Colonia, 1993, vol. II, págs. 1.030 y ss.; J. LANG, *Entwurf eines Steuergesetzbuchs*, Bundesministerium der Finanzen, Schriftenreihe, Heft 49, Stollfuß Verlag, Bonn, 1993, § 129. A una solución semejante se llegaba también en el «Primer Proyecto de Ley del Impuesto Empresarial» alemán, que no llegó a probarse. El texto puede consultarse en *StuW*, 1949, pág. 1.021 y ss.

³² En efecto, podrían resumirse en cuatro las diversas alternativas a la actual redacción. Una primera opción vendría dada por entender que es suficiente con que los bienes o derechos no se encontrasen afectos en el momento de producirse su transmisión, sin que resultase tampoco aplicable el plazo de tres años para consolidar la desafectación. Esta interpretación basada en una lectura literal de la norma actual, no reconocería situaciones adquiridas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, y se basaría en el silencio actual de la Ley respecto de la «desafectación» de bienes. Así, un elemento afecto a la actividad adquirido antes del 1 de enero de 1999 podría desafectarse y transmitirse a partir de esa fecha disfrutando de los porcentajes reductores del régimen transitorio. Como ha afirmado PÉREZ ROYO, esta posición conduce a crear un derecho a quien nunca lo llegó a tener, lo que lleva a resultados ciertamente injustos; cfr. I. PÉREZ ROYO, *Manual ... cit.*, pág. 338. Una segunda alternativa entendería exigible que los elementos patrimoniales no estén afectos antes de la fecha marcada para la aplicación del régimen ordinario del Impuesto para las ganancias y pérdidas patrimoniales (antes del 31 de diciembre de 1994). Así, elementos afectos durante el año 1994 y desafectados en 1995, podrían transmitirse

En aras de esclarecer la cuestión, la disposición transitoria cuarta del RIRPF resuelve dicha problemática afirmando que «a los efectos de la aplicación del régimen previsto en la disposición transitoria novena de la Ley del Impuesto para determinadas ganancias patrimoniales, se considerarán elementos patrimoniales no afectos a la actividad económica aquellos en los que la desafectación de estas actividades se haya producido con más de tres años de antelación a la fecha de transmisión». Así, los elementos patrimoniales que por no haber consolidado su desafectación estando vigente la Ley anterior, no hubieran podido aprovecharse de los *porcentajes* reductores de las plusvalías si se hubiesen transmitido durante 1998, sí podrán hacerlo a partir de 1999 cuando completen los tres años de desafectación antes de transmitirse. Esta previsión ha sido criticada por algún autor, por extender el disfrute de los *porcentajes* reductores a elementos patrimoniales que no habían consolidado su desafectación durante la vigencia de la antigua Ley ³³.

D. Reinversión de elementos patrimoniales afectos a la actividad económica y diferimiento de las ganancias de patrimonio.

La nueva normativa del IRPF establece un régimen específico para el supuesto de reinversión de las ganancias patrimoniales derivadas de bienes afectos a la actividad económica. Básicamente, se concede una opción a estos contribuyentes que se define en los artículos 36.2 de la LIRPF y 40-41 del Reglamento. La opción consiste en tributar por el régimen de ganancias patrimoniales conforme a las reglas previstas con carácter general (a tarifa si la ganancia se produce en menos de dos años o a tipo fijo del 20% si en plazo superior), o bien, por aplicar lo previsto en el artículo 21 de la LIS, de 27 de diciembre de 1995 y artículos 31-39 de su Reglamento (para la reinversión de beneficios extraordinarios ³⁴), que consiste en un régimen de diferimiento del gravamen de las ganancias obte-

durante 1998 aprovechándose de los porcentajes reductores del régimen transitorio del Impuesto. Esta postura carece de fundamento jurídico, y no puede apoyarse en el tenor literal de la Ley. Una tercera posibilidad -tal vez la más coherente con la *ratio* de la norma que regula el régimen transitorio de la Ley del Impuesto (disp. trans. novena)- consistiría en exigir en una transmisión realizada antes del 31 de diciembre de 1998 que la desafectación se hubiera producido antes del 31 de diciembre de 1995 para disfrutar de la aplicación de los porcentajes reductores del régimen transitorio. Por último, existe una cuarta posición que ha sido la adoptada por la disposición transitoria cuarta del RIRPF de 9 de febrero de 1999 basada en extender los efectos del régimen anterior no sólo hasta la fecha de entrada en vigor del nuevo Impuesto (tercera posición), sino incluso respecto a éste (a partir del 1 de enero de 1999). Así, una desafectación de un bien realizada antes de la entrada en vigor del nuevo Impuesto, podrá aprovecharse de la aplicación de los porcentajes reductores, si se transmite el bien, *v.gr.* durante el año 1999 y han transcurrido ya los tres años desde su desafectación.

³³ Cfr. I. PÉREZ ROYO, *Manual...*, *cit.*, pág. 339.

³⁴ Aunque en este supuesto, el criterio administrativo ha sido muy exigente en el cumplimiento de las circunstancias que merecen régimen privilegiado. Así, la Resolución del TEAC de 21 de febrero de 1996 exigió que la actividad se ejerciese directamente en el elemento donde se reinvertió, aunque en el caso enjuiciado no había constancia de que el local enajenado fuera un elemento afecto a la actividad, ni tampoco se acreditó que se ejerciera dicha actividad, ni aparecían rendimientos de actividades empresariales o profesionales. Así, los locales eran utilizados en la actividad de una sociedad, y no por las personas físicas propietarias de los mismos (*Normacef*, CEF). Tampoco en la Resolución del TEAC de 3 de diciembre de 1996 se acreditó por la sociedad recurrente que los terrenos enajenados estuvieran afectos a la actividad económica, por lo que quedó excluida para acogerse al beneficio de exoneración por reinversión (*Normacef*, CEF). *Vid.* también las Resoluciones del TEAC de 12 de marzo de 1997 (*Normacef*, CEF) y de 12 y 25 de junio de 1997 (*JT* 785 y 1.024, 1997).

nidas. Sin embargo, la Ley prevé que en ningún caso, podrá aplicarse la exención por reinversión prevista en el artículo 127 de la LIS para las empresas de reducida dimensión. La Ley 50/1998 ha suprimido la mencionada exención por reinversión sustituyéndola por un régimen de amortizaciones privilegiadas (nuevo art. 127 LIS). Dado que el artículo 36.2 de la LIRPF no se remite en blanco al artículo 127 de la LIS, sino a la exención por reinversión, podría sostenerse la compatibilidad entre la tributación diferida y el régimen de amortizaciones privilegiadas.

Si el contribuyente se acoge al artículo 21 de la LIS, esto es, opta por diferir el gravamen, integrará «en cada período impositivo el importe total de la ganancia patrimonial imputable a ese período en la parte general de la base imponible» (art. 40.1 del Reglamento). No obstante, si durante el plazo de reinversión el contribuyente decidiese no reinvertir una cantidad igual al importe de la transmisión, o si no realiza la reinversión dentro del plazo, «deberá integrar la parte de renta no imputada, practicando al efecto la correspondiente declaración-liquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, que se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se adopte la decisión, venza el plazo de reinversión o se incumpla el plan y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en el que concurra cualquiera de dichas circunstancias» (art. 40.2 del Reglamento).

Es importante advertir que la normativa del IS impone una serie de condiciones ³⁵ para permitir el régimen de diferimiento en la tributación de la ganancia. Así, los bienes enajenados han de constituir elementos del inmovilizado material o inmaterial y valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de toda clase de entidades siempre que, en este último caso, se cumplan dos requisitos, a saber, que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 y que se hubiesen poseído, al menos, con un año de antelación a la enajenación. Por su parte, la reinversión ha de materializarse en cualquiera de los elementos patrimoniales mencionados y producirse entre el año anterior a la entrega o puesta a disposición del bien hasta los tres años posteriores.

El régimen de diferimiento consiste en que las rentas obtenidas en la transmisión onerosa de elementos patrimoniales sobre el inmovilizado material o inmaterial, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria no se integran en la base imponible del ejercicio en que se enajenan los bienes sino que su importe se sumará, por partes iguales, en los siete ejercicios siguientes a aquel en que vence el plazo para efectuar la reinversión, lo que justifica la exigencia de que el bien se mantenga en el patrimonio del contribuyente durante siete años, salvo que la vida útil del bien resulte inferior, y siempre sin perjuicio de la posibilidad que ofrecen los artículos 21.2 y 37 del RIS para la aprobación de planes especiales de reinversión cuando, por sus características técnicas, la inversión deba realizarse necesariamente en un plazo superior, o de la opción del sujeto pasivo en caso de bienes amortizables, por integrar las rentas en los períodos impositivos durante los que se amorticen los elementos patrimoniales en los que se materialice la reinversión ³⁶.

³⁵ En Alemania, en las transmisiones de elementos del inmovilizado material existe un sistema de diferimiento total o del 50 por 100 según los casos a condición de reinversión. Un sistema de diferimiento parecido al español existe también en Reino Unido.

³⁶ Resta por mencionar la previsión reglamentaria (art. 41) que permite la reducción de ganancias patrimoniales (la reducción ofrece distintos porcentajes que van del 100% al 4% y que varían en función del tiempo transcurrido desde la adquisición del activo fijo inmaterial) tributables para los contribuyentes que ejerzan la actividad de transporte por autotaxis

E. Tratamiento de los excesos en reducciones de capital.

Al igual que determinadas exteriorizaciones de riqueza (*v.gr.* seguros de vida y activos financieros) han huido del concepto de ganancia de patrimonio hacia otras categorías de renta (*v.gr.* rendimientos de capital), la Ley 40/1988 ha ampliado el concepto de ganancia a categorías de renta que no tenían atribuida por el legislador tal condición. Nos hemos referido ya a las ganancias de patrimonio derivadas de la transmisión de bienes afectos. Queda, por tanto, mencionar y valorar positivamente la decisión del legislador de considerar ganancia patrimonial el exceso que pudiera resultar en los casos de reducción de capital que tengan por finalidad la devolución de aportaciones a los socios [art. 31.3 a) *in fine*]. La Ley 18/1991, en un intento de simplificar el tratamiento fiscal de las reducciones de capital, no distinguía [art. 44.3.d)] entre los tipos de reducción de capital en función de su finalidad (arts. 63 TRLSA, y 79 LSRL) y de que se conserve o no la proporción en que participen los socios, lo que motivó que se plantearan numerosas dudas. La nueva Ley aclara muchos de los supuestos que antes quedaban sin resolver y declara con rotundidad que, en el caso de amortización de acciones con ocasión de una reducción de capital, los excesos tributarán como ganancias, lo que es del todo lógico pues no había ninguna diferencia intrínseca con el concepto de ganancia que pudiera justificar un tratamiento diferente³⁷. La integración de la ganancia en la base general o especial dependerá de la antigüedad que tuvieran las acciones amortizadas.

F. Las ganancias no justificadas de patrimonio generadas en varios años.

La LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, integra las ganancias patrimoniales no justificadas en la base liquidable *general* del Impuesto (art. 37.2)³⁸. La LIRPF 18/1991 también consideraba que las rentas ocultas se habían generado en el ejercicio al imputarlas en la base liquidable *regular* (art. 49.2). En ambos casos, nos encontramos ante dos presunciones *iuris tantum* (material y temporal) que admiten prueba en contrario³⁹. Así se presume la existencia de una renta y su íntegra

(epígrafe 721.2 de la sección primera de las tarifas del IAE), y determinen su rendimiento neto por el régimen de estimación objetiva, con motivo de la transmisión de activos fijos inmateriales (*v.gr.* licencias de taxi), en los siguientes casos:

- cuando la transmisión del activo inmaterial esté motivada por incapacidad permanente, jubilación o cese de actividad por reestructuración del sector.
- cuando por causas distintas a las señaladas anteriormente, se transmitan los activos inmateriales a familiares hasta el segundo grado inclusive.

³⁷ Así además se defendía por parte de la doctrina. *Vid.* sobre el particular las críticas de C. ALBIÑANA y E. FONSECA, *El nuevo impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Deusto, 1992, págs. 135-136.

³⁸ Obsérvese que una lectura apresurada del artículo 37 podría llevar a pensar que el nuevo precepto limita la prueba en contrario respecto a la imputación temporal, encontrándonos ante una sanción impropia de dudosa constitucionalidad. Así, para SÁNCHEZ PEDROCHE el interés en prevenir el fraude fiscal no puede mudar las bases sobre las que se asienta el principio de capacidad económica; confróntese J.A. SÁNCHEZ PEDROCHE, «Un problema de alcance constitucional, la tributación sobre la renta efectiva o la renta presunta, media o normal», *CREDF*, n.º 79, 1993, págs. 208 y 209.

³⁹ El Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de marzo de 1996 (Ar. 6274) consideró que la norma reguladora de los incrementos no justificados de patrimonio (LIRPF de 8 de septiembre de 1978) se construye sobre dos presunciones *iuris tantum* respecto al ámbito material y temporal del hecho imponible, afirmación que consideramos es también aplicable a la regulación del IRPF según la Ley 40/1998. En este último sentido parecen pronunciarse D. CARBAJO VASCO - J.R. DOMÍNGUEZ RODICIO, *Todo sobre el nuevo IRPF*, Praxis, Barcelona 1999, 507 pág. 172.

obtención en el año respecto del que se descubre⁴⁰. Por desgracia, la Ley actual presenta una formulación confusa (especialmente en lo que se refiere a la presunción temporal) y planteará numerosos conflictos que tendrán que ser resueltos, una vez más, en sede jurisdiccional⁴¹. A nuestro juicio, la imputación de la renta al período respecto del que se descubren los bienes no justificados debe hacer referencia al período *respecto del que existen pruebas* de su existencia o financiación, con independencia de que tales pruebas hayan sido «descubiertas» en un primer momento o bien en un instante posterior, al aportar el contribuyente nueva documentación.

G. Tributación a tipo fijo. Justificación y consideraciones críticas.

La tributación de las plusvalías a tipo proporcional no es nueva en nuestro ordenamiento tributario. Cuenta con el precedente del Real-Decreto Ley de 30 de noviembre de 1973, de Medidas Coyunturales de Política Económica (15% para plusvalías a largo plazo, con coeficiente reductor del 5%)⁴², que en 1978 fue sustituido por un régimen de tributación mucho más duro, que no fue corregido hasta 1981 como ya se ha avanzado.

El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, optó de nuevo por hacer tributar los incrementos de patrimonio a un tipo fijo. Desde su promulgación el Impuesto se transformó en un tributo extraordinariamente complejo y «parcelado», lejos de responder a una concepción unitaria y de conjunto

⁴⁰ Cfr. P.M. HERRERA MOLINA y P. CHICO DE LA CÁMARA «Los incrementos no justificados de patrimonio: componente presunto del IRPF», *CREDF*, n.º 81, 1994, pág. 23.

⁴¹ De esta falta de claridad ya se ha hecho eco un sector cualificado de la doctrina criticando la oscuridad de la norma sobre este punto y su posible vulneración con los principios que anidan en la Constitución Española. Así, el ámbito temporal del hecho imponible se define para F. PÉREZ ROYO en base no a una norma presuntiva, sino ante una auténtica ficción; cfr. F. PÉREZ ROYO, «Los delitos contra la Hacienda Pública: opciones de política legislativa en su regulación y cuestiones sobre su aplicación», en *XIX Jornadas latino-americanas de Direito Tributario*, Livro 1b, A Criminalização das Infracções Fiscais, Relatório Nacional de Espanha, Associação Fiscal Portuguesa, ILADT, Lisboa, Portugal, 11-16 de Outubro de 1998, pág. 35. Así también de concluyente se ha manifestado I PÉREZ ROYO, pues «el artículo 37 de la nueva Ley parece restringir las posibilidades de reacción del contribuyente a la acreditación de la fecha de adquisición del bien o derecho cuyo descubrimiento ha desatado la presunción. Pero no es así, no puede ser así. De entenderse en esa dirección el precepto que comentamos se estaría vulnerando un puñado de principios constitucionales, entre ellos el de capacidad económica y el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ejemplo, ¿ya no cabe justificar la adquisición efectuada con una renta no declarada por estar exenta de tributar, como, por ejemplo, una plusvalía que se hubiera aprovechado de los coeficientes reductores del régimen transitorio, o una indemnización por daños físicos o psíquicos, o cualquier otro supuesto? ¿ya no cabe probar por parte del contribuyente que la adquisición se ha realizado con una financiación real y demostrada que la justifique?(...). Nos parece evidente que toda esta capacidad probatoria no puede negársele al contribuyente sin salirnos del texto constitucional o del sentido común. ¿Significa esto que decimos que todo sigue exactamente igual que antes de la Ley? Tampoco. Se ha producido un cambio significativo: el contribuyente no podrá ya justificar la adquisición descubierta con rentas ocultadas de ejercicios anteriores. Y es aquí por donde llegamos ya a los terrenos de la ficción: cuando el contribuyente no pueda justificar el incremento habido en su patrimonio sin recurrir a la existencia de rentas que, debiendo haber sido declaradas en su momento, se ocultaron, entonces sí que tendrá limitada su capacidad probatoria a una sola circunstancia: que los bienes o derechos descubiertos por la inspección -no otros en los que éstos se hubieran subrogado- le pertenecían ya en un período prescrito»; cfr. I. PÉREZ ROYO, *Manual ... cit.*, págs. 355 y 356.

⁴² Aunque esta norma incorporó al ámbito del hecho imponible rentas anteriormente no gravadas.

que tantos elogios recibió en la anterior Ley 44/1978, de 8 de septiembre ⁴³. La base liquidable irregular se fragmentaba en cuatro partes que resumimos en el siguiente cuadro sinóptico:

BASE LIQUIDABLE IRREGULAR			
RENDIMIENTOS IRREGULARES	INCREMENTOS DE PATRIMONIO = 0 < 2 AÑOS	INCREMENTOS DE PATRIMONIO > 2 AÑOS	INCREMENTOS DE PATRIMONIO PROCED. IIC O ACTIVOS FINANCIEROS
> de las dos cantidades siguientes: a) TM de aplicar la escala al 50 por 100 BL b) $TM = BL/TG \times 100$	> de las dos cantidades siguientes: a) TM de aplicar la escala al 50 por 100 BL b) $TM = BL/TG \times 100$	Hasta 200.000: 0% > 200.000: 20%	Tipo de gravamen: 20%

TM = tipo medio de gravamen
BL = base liquidable
TG = tipo de gravamen
IIC = instituciones de inversión colectiva

- I) La parte de la base liquidable irregular constituida por rendimientos que se gravaba con el tipo mayor de los dos siguientes:
- el tipo medio resultante de aplicar la escala de gravamen general al 50 por 100 de la parte de la base liquidable irregular constituida por rendimientos;
 - el tipo medio de gravamen definido en el apartado tres del artículo 74 de esta Ley.
- II) La parte de la base liquidable irregular constituida por incrementos de patrimonio procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con dos o menos años de antelación a la fecha en que tenga lugar la alteración en la composición del patrimonio se gravaba con el tipo mayor de los siguientes:
- el tipo medio resultante de aplicar la escala de gravamen general al 50 por 100 de esta parte de la base liquidable irregular; o
 - el tipo medio de gravamen definido en el apartado tres del artículo 74 de esta Ley.

⁴³ En esta línea ya se manifestó el profesor ANTÓN PÉREZ, incluso antes de la reforma llevada a cabo por el Decreto-Ley 7/1996, al tildar al Impuesto de «parcelado», pues «la pérdida de unidad del concepto de renta afecta a la propia personalidad del Impuesto, que se aproxima así, esencialmente, a un conjunto de impuestos sobre las distintas fuentes de renta, cada una de ellas con su régimen peculiar»; *cf.* J.A. ANTÓN PÉREZ, «Comentario al artículo 2», en la obra colectiva dirigida por F. VICENTE-ARCHE DOMINGO, *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Colex, Madrid, 1993, pág. 32.

III) La parte de la base liquidable irregular constituida por incrementos de patrimonio derivados de elementos patrimoniales adquiridos con más de dos años de antelación a la fecha en que tenga lugar la alteración en la composición del patrimonio, se gravaba a los tipos que se indican en la siguiente escala:

- a) hasta 200.000 pesetas al tipo 0;
- b) desde 200.000 pesetas en adelante al 20 por 100 (17% estatal y 3% autonómico).

IV) La parte de la base liquidable irregular constituida por incrementos de patrimonio que procediesen de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las Instituciones de Inversión Colectiva o de activos financieros se gravaba al 20 por 100.

La LIRPF 40/1998, de 9 de diciembre, simplifica la tributación de las rentas sujetas al Impuesto distinguiéndose dos grandes bloques:

TRIBUTACIÓN DE RENTAS EN EL IRPF	
Rendimientos, ganancias de patrimonio e imputaciones de rentas regulares (< 2 años)	Ganancias de patrimonio generadas a largo plazo (> 2 años), derechos de suscripción (> 2 años), rendimientos derivados de la transmisión de valores de deuda pública adquiridos < al 31 de dic. 1996
Tarifa estatal y autonómica	Tipo fijo especial del 20%: Tipo 17% estatal y 3% CC.AA.

- Los rendimientos, ganancias de patrimonio e imputaciones de rentas regulares es decir, generados en un período no superior a dos años que tributan conforme a la tarifa estatal y autonómica del Impuesto; y
- Las ganancias de patrimonio con un período de generación superior a dos años, los derechos de suscripción que correspondan a valores adquiridos también con más de dos años de antelación, así como los rendimientos derivados de la transmisión, amortización o reembolso, realizadas desde el 1 de enero de 1999, de valores de deuda pública, adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 (disp. trans. octava), que tributarán al tipo especial fijo del 20 por 100 (tipo estatal del 17%, y tipo autonómico del 3%).

La reforma se ha justificado -y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley- por la necesidad de armonizar la tributación en España con la que rige en los demás países de nues-

tro entorno jurídico⁴⁴. Incluso la propia «Comisión Lagares» para la ganancias y pérdidas de patrimonio a largo plazo integradas en la base especial del Impuesto recomendó el tipo de gravamen del 20 por 100 siguiendo la reforma ya establecida por el Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio⁴⁵.

También podría justificarse esta medida por el mantenimiento de la misma política de captación de capital extranjero y de extensión de la residencia más allá de su ámbito territorial de aplicación con el fin de combatir la deslocalización fiscal de la residencia⁴⁶.

En nuestra opinión, los argumentos aquí expuestos (homogeneización de tipos de gravamen con los países de nuestro entorno, y búsqueda de una política tributaria *seductora* para mantener y atraer rentas a nuestro país) *no justifican* el establecimiento del tipo de gravamen especial, pues no sólo quiebra el carácter unitario del impuesto (en realidad da la razón a aquellos que proclaman la autonomía del gravamen de las ganancias de patrimonio como Impuesto independiente al igual que ocurre en el Reino Unido a través del «Capital Gains»), sino que hace recaer todo el peso de la progresividad sobre las rentas del trabajo privilegiando al capital⁴⁷. Es cierto que no pueden ignorarse los efectos de la deslocalización de capitales, pero ello no basta para justificar la injusticia⁴⁸. Quizá sería más razonable reducir drásticamente la progresividad del impuesto *para todo tipo de rendimientos* en lugar de privilegiar tan sólo a los titulares del capital.

IV. INTEGRACIÓN Y COMPENSACIÓN

A. La integración de las rentas en la base del impuesto.

1. Integración de las rentas en la base imponible.

Como aspecto fundamental de la reforma, la base imponible de este impuesto ya no es «el importe de la renta en el período de la imposición» (Ley 18/1991) sino «la *renta disponible* del contribuyente, expresión de su capacidad económica» (Ley 40/1998), siguiendo la pauta marcada por la Comisión presidida por LAGARES en el Informe de 13 de febrero de 1998.

⁴⁴ La propia «Comisión Lagares» para el Estudio y Reforma del IRPF ya propuso que las alícuotas de la tarifa no fueran superiores a la media existente en los países de la Unión Europea; *vid.* Informe de la Comisión *cit.*, págs. 47 y 160. Así, existe una tendencia creciente en el Derecho comparado por estructurar el IRPF mediante tarifas duales. Por un lado, el establecimiento de un tipo de gravamen fijo -normalmente al igual que en el España del 20 por 100 -*cf.* EE.UU., Proyecto de la LIRPF en Alemania- para las ganancias de patrimonio generadas a largo plazo. Para los demás rendimientos y ganancias de patrimonio generados en un plazo inferior tributan conforme a la escala progresiva de gravamen.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 163.

⁴⁶ En esta línea, también podría ser objeto de críticas la tributación que establece el nuevo IRPF de sujetar durante cinco años por este Impuesto a las personas residentes en paraísos fiscales (art. 9.3 LIRPF).

⁴⁷ E. SANZ GADEA: «Tributación sobre las ganancias ... *cit.*, pág. 344.

⁴⁸ Así, para el profesor FALCÓN Y TELLA esta diferencia de trato podría tropezar con la Constitución; *vid.* R. FALCÓN Y TELLA, «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva (II)», *cit.*, págs. 5 y 6.

Se intenta con ello adecuar la tributación de este impuesto al principio básico en materia tributaria de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica, proclamado en la Constitución. De hecho, el Título II de la Ley que regula la determinación y cuantificación de la base se intitula «Determinación de la capacidad económica sometida a gravamen». Pero es importante resaltar que ello supone la *improcedencia de establecer mecanismos de cuantificación que no impliquen una efectiva disponibilidad de la renta*. Por tanto, la integración de rentas en la base imponible y su compensación deben respetar dicho principio, no sólo porque así lo establezca la Constitución y lo haya resaltado el propio Tribunal Constitucional respecto al Impuesto sobre la Renta (Sentencia de 28 de octubre de 1997: el IRPF constituye la más cabal proyección del principio de capacidad económica), sino por un principio de coherencia que vincula al legislador en la configuración que él mismo da a la base imponible.

El cambio básico en la determinación de la base radica en la simplificación del complejo mecanismo de integración y compensación de rentas regulares e irregulares. El profesor LAGARES ha llegado a afirmar que los anteriores rendimientos y variaciones patrimoniales -que llegaron a dividirse en cinco bases distintas- se insertan, tras la reforma, en una base y un cuarto. Para ello se han incluido en la parte general de la base imponible todos los rendimientos, con independencia del período de generación, y las ganancias y pérdidas patrimoniales producidas en dos o menos años, y en la parte especial las ganancias de más de dos años. Con ello se sigue la propuesta de medidas para la reforma del IRPF, recogida en el Informe de la Comisión, de «integrar plenamente en la base imponible general del tributo tanto a todos los rendimientos -aunque sometiendo a plena homogeneización a los rendimientos generados a largo plazo- como a las ganancias y pérdidas patrimoniales a corto plazo»⁴⁹.

La simplificación se aprecia claramente en el siguiente esquema, en el que puede observarse que la parte general comprende las tres primeras bases de la anterior normativa y la parte especial las dos últimas:

PARTIDAS QUE INTEGRAN LA BASE IMPONIBLE	
Ley 18/1991 distingue renta regular y renta irregular (un año)	Ley 40/1998 distingue parte general y especial de la base imponible (dos años)
<p>Cinco bases imponibles:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. BI regular = rendimientos regulares, incrementos de patrimonio regulares y parte anualizada de los rendimientos irregulares 2. BI irregular = parte no anualizada de los rendimientos irregulares 3. BI irregular = incrementos de patrimonio irregulares generados en dos o menos años 4. BI irregular = incrementos de patrimonio irregulares generados en más de dos años procedentes de fondos de inversión y activos financieros 5. BI irregular = incrementos de patrimonio irregulares generados en más de dos años por otros activos 	<p>Dos partes en la base imponible:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Parte general = todos los rendimientos, con independencia del período de generación, y las ganancias y pérdidas patrimoniales producidas en dos o menos años Se incluyen: <ul style="list-style-type: none"> • rendimientos del trabajo • rendimientos del capital • rendimientos de actividades económicas • rentas imputadas • ganancias y pérdidas de dos o menos años 2. Parte especial = saldo positivo que resulte de las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas en más de dos años

⁴⁹ Informe de 13 de febrero de 1998, *cit.* pág. 144.

De este modo, *la parte general de la base imponible se compone de la totalidad de las rentas del contribuyente, excluidas las ganancias y pérdidas patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales o de mejoras realizadas en los mismos con más de dos años de antelación a la fecha de transmisión.* En consecuencia habrá que compensar los rendimientos del trabajo, rendimientos del capital inmobiliario, rendimientos del capital mobiliario, rendimientos de actividades económicas, imputaciones de rentas y ganancias y pérdidas generadas en dos o menos años. Estas ganancias y pérdidas a corto plazo se consideran especulativas y se gravan al tipo marginal, como el resto de partidas que conforman esta parte de la base. Excepcionalmente, la disposición transitoria octava de la Ley excluye de la parte general de la base imponible los rendimientos del capital mobiliario derivados de la transmisión, amortización o reembolso de valores de la deuda pública generadores de incrementos de patrimonio con la normativa anterior y adquiridos antes del 31 de diciembre de 1996, integrándolos en la parte especial de la misma.

De otro lado, *la parte especial de la base imponible está constituida por el saldo positivo que resulte de integrar y compensar exclusivamente entre sí, en cada período impositivo, las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales o de mejoras realizadas en los mismos, con más de dos años de antelación a la fecha de transmisión, o de derechos de suscripción que correspondan a valores adquiridos, asimismo, con la misma antelación.* La tributación será al tipo fijo del 20 por 100. También se incluyen los rendimientos del capital mobiliario mencionados en el párrafo anterior. Esta parte de la base imponible se caracteriza por ser siempre positiva y no poder ser objeto de reducción alguna.

Como puede observarse, la Ley vigente prescinde de la distinción expresa entre renta regular e irregular. No obstante se distingue, dentro de los rendimientos y de las ganancias y pérdidas patrimoniales, según el período de generación supere o no los dos años.

Destaca en esta regulación la integración en lo que antes se denominaba «base imponible regular» de los rendimientos generados en más de un ejercicio y de las ganancias y pérdidas patrimoniales de más de un año y menos de dos, que ahora se someten a la tarifa del impuesto sin reducciones en la base (salvo los rendimientos generados en más de dos años o de forma notoriamente irregular) ni sistemas correctivos de promediación en el cálculo de la cuota, como se verá a continuación. La necesidad de distinguir entre renta regular e irregular obedece a que «*no todo lo percibido gastado en un año puede fiscalmente imputarse en dicho año*»⁵⁰, debiéndose diferenciar las rentas según sean imputables a un solo período o a varios, si bien ya bajo la anterior normativa se introdujeron múltiples excepciones incurriéndose, «en un casuismo impropio del legislador»⁵¹.

⁵⁰ J. MARTÍN QUERALT, en: J.J. FERREIRO, *et al.*, *Curso de Derecho Tributario Parte Especial*, 12.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 133.

⁵¹ *Ibidem*.

2. Tratamiento de las rentas generadas entre uno y dos años.

Como ya sabemos, la inclusión de los rendimientos irregulares en la parte general de la base imponible se justifica en el nuevo mecanismo de porcentajes reductores. Por regla general la nueva técnica no tiene en cuenta el número de años de generación del rendimiento, lo que supone una vulneración del principio constitucional de igualdad. De otra parte, siendo el período impositivo de un año y puesto que el objeto del impuesto es la renta anual lo lógico sería aplicar también reducciones a los rendimientos generados en más de un año.

En cuanto a las ganancias y pérdidas, por la misma razón, habría que excluir de la parte general las que se produjesen en más de un ejercicio. Recordemos que la Comisión cifró el largo plazo en más de dos años argumentando que «si el período elegido fuese el de un año, muchas operaciones se retrasarían artificialmente para hacerlas traspasar por muy poco ese corto límite, beneficiándose así abusivamente de la menor carga fiscal que implica el gravamen de las ganancias y pérdidas patrimoniales a largo plazo». Pero *esta nueva regulación resulta claramente perjudicial para el contribuyente en el caso de rendimientos y ganancias patrimoniales de más de un año y menos de dos. Con la Ley 40/1998 tributan al tipo marginal de la tarifa, mientras que la Ley anterior establecía un mecanismo para atenuar la progresividad por haberse generado la renta en dos ejercicios, con lo que normalmente se gravaban al tipo medio de gravamen de la base regular*. Concretamente, con dicho sistema los rendimientos se dividían por dos -al generarse en dos años-, la mitad se integraba en la renta regular y la otra mitad en la irregular; después se comparaba el 50 por 100 de la base irregular con la renta regular aplicando la tarifa a la mayor de ambas magnitudes. Los incrementos seguían el mismo sistema aunque sin dividirse por el número de años. En resumen: los rendimientos de uno a dos años tributaban al tipo medio de la base regular, y los incrementos de uno a dos años al mismo tipo medio o, si excedían del doble de esa base, al tipo medio aplicable al 50 por 100 del incremento. Ahora tributan al tipo marginal de la base regular (parte general de la base imponible).

El objetivo de la reforma de simplificar el Impuesto es muy loable ⁵², pero la consecuencia puede ser la quiebra del principio de capacidad económica, sobre todo porque el gravamen recae sobre la renta imputable al período impositivo (art. 14 Ley) y en estos supuestos se está gravando una manifestación de capacidad económica que corresponde a otros ejercicios sin mecanismo corrector alguno.

Veámoslo con tres ejemplos numéricos comparando la tributación en la Ley anterior y en la actual:

⁵² Advierte el Informe de la Comisión que con este sistema «se evita el engorroso procedimiento de la promediación que consiste en dividir el rendimiento obtenido a largo plazo por el número de años de su obtención...» (Informe cit., pág. 146).

RENTAS	BASE Y CUOTA EN 1998	BASE Y CUOTA EN 1999	AUMENTO DE CUOTA EN 1999
Renta regular: 4 millones Rendimiento irregular (2 años): 10 millones	BI regular 4 + 5 = 9 millones CI regular 2.929.120	BI parte general = 14 millones (38,45%) CI 5.384.000	827.880
	BI irregular = 5 millones (van al tipo medio de 9 millones, 32,54%) CI irregular 1.627.000		
Renta regular: 4 millones Incremento irregular (2 años): 6 millones	BI regular: 4 millones CI regular 897.260	BI parte general = 10 millones (34,94%) CI 3.494.000	1.250.940
	BI irregular = 6 millones (van al tipo medio de 4 millones, 22,43%) CI irregular 1.345.800		
Renta regular 4 millones Incremento irregular (2 años): 10 millones	BI regular = 4 millones CI regular 897.260	BI parte general = 14 millones (38,45%) CI 5.384.000	2.052.740
	BI irregular = 10 millones (van al tipo medio de 5 millones, 24,34%) CI irregular 2.434.000		

De estos ejemplos se deduce que pese a que la nueva Ley reduce el tipo marginal máximo del 56 al 48 por 100 (además de la deflactación de la tarifa, que provocaría una cuota menor con la misma renta), la tributación es claramente superior a partir de 1999 para las rentas generadas entre un año y un día y dos años. Debería haberse establecido algún mecanismo para atenuar la progresividad en estos casos, tal vez con pequeñas reducciones en la línea de lo que sucede con los rendimientos a largo plazo. Y si el problema es que se traspase «por muy poco» el límite de un año, se podría aumentar ligeramente ese límite temporal (por ejemplo dos meses, como ocurre con la transmisión de determinadas acciones, para evitar esos comportamientos), pero no el doble. Incluso podría haberse mantenido el anterior sistema, más justo pese a su mayor complejidad.

B. Compensación de las rentas: límites materiales y temporales.

1. Esquema general.

La forma en que se compensan las partidas que integran la parte general de la base imponible es la siguiente (art. 38 Ley):

1. *Los rendimientos y las imputaciones de rentas* se compensan «entre sí, sin limitación alguna». Si el resultado es negativo cabe inferir que se compensará con las ganancias patrimoniales de dos o menos años, pues aunque la Ley no lo prevea expresamente, no utiliza la

expresión «exclusivamente entre sí» e incluye su saldo (positivo o negativo) en la parte general. Si sigue siendo negativo, se minorará en las reducciones legales para hallar la base liquidable y el resultado se compensará en los cuatro años siguientes con las bases liquidables generales positivas (art. 47 LIRPF).

2. *Las ganancias y pérdidas patrimoniales* se compensan «exclusivamente entre sí». Si el resultado es negativo se compensará con el saldo positivo del apartado anterior, pero con el límite del 10 por 100 de dicho saldo. Si sigue siendo negativo se compensará en los cuatro años siguientes en el orden señalado, sin que tal compensación pueda efectuarse fuera del citado plazo mediante la acumulación a pérdidas patrimoniales de ejercicios posteriores.

PARTE GENERAL DE LA BASE IMPONIBLE			
CLASE DE RENTA	COMPENSACIÓN EN EL EJERCICIO (si resulta negativa)	COMPENSACIÓN EN EL EJERCICIO (si resulta negativa)	COMPENSACIÓN EN LOS CUATRO AÑOS SIGUIENTES
<i>Rendimientos e imputaciones de rentas</i>	Compensación entre sí	Con ganancias patrimoniales de dos o menos años	Con las bases liquidables generales positivas
<i>Ganancias y pérdidas patrimoniales de dos o menos años</i>	Compensación entre sí	Con rendimientos e imputaciones de renta positivas con el límite del 10%	1. Ganancias patrimoniales de dos o menos años 2. Rendimientos e imputaciones de renta positivas con el límite del 10%

En cuanto a la parte especial de la base imponible, si el resultado de la integración y compensación arroja saldo negativo, su importe sólo se podrá compensar con el de las ganancias y pérdidas patrimoniales que, correspondientes a este mismo concepto, se pongan de manifiesto durante los cuatro años siguientes.

PARTE ESPECIAL DE LA BASE IMPONIBLE		
CLASE DE RENTA	COMPENSACIÓN EN EL EJERCICIO (si resulta negativa)	COMPENSACIÓN EN LOS CUATRO AÑOS SIGUIENTES
<i>Ganancias y pérdidas patrimoniales de más de dos años</i>	Compensación exclusivamente entre sí	Con ganancias patrimoniales de más de dos años

Ello supone, frente al régimen anterior, una forma distinta de integración y compensación de las disminuciones de patrimonio. Efectivamente, en la Ley 18/1991 las disminuciones de patrimonio regulares podían compensarse con incrementos regulares o, en su defecto, con los incrementos irregulares, pero nunca con rendimientos (véase el régimen transitorio en la compensación de partidas negativas). En cambio, la nueva Ley sí prevé la compensación de las pérdidas de dos o menos años con rendimientos, aunque limitándolo al 10 por 100 de éstos. Se concreta así la propuesta de la Comisión de compensar limitadamente las pérdidas de capital a corto plazo con rendimientos para incrementar «los niveles de asunción de riesgo de los inversores» (pág. 149), como aspecto claramente positivo de la nueva Ley. Sin embargo, no se admite la compensación de pérdidas a corto con ganancias de más de dos años (parte especial de la base imponible), cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

2. Compensación de las rentas en el ejercicio: Inconvenientes que plantea la compensación de pérdidas.

La restricción a la compensación de las pérdidas patrimoniales se debe a que su imputación temporal obedece al criterio de realización, por lo que tributan en el período impositivo elegido por el contribuyente. En cambio los rendimientos, que se rigen por el criterio de exigibilidad, son a nuestro juicio plenamente compensables con las ganancias patrimoniales a corto plazo al integrarse con éstas en la parte general de la base imponible.

No obstante, hay rendimientos negativos que se determinan por el criterio de realización y al calificarse como rendimientos también pueden compensarse en su totalidad. Nos referimos a los rendimientos del capital mobiliario por la cesión a terceros de capitales propios, que incluyen los anteriormente denominados rendimientos explícitos e implícitos, donde la transmisión de activos financieros se computa por la diferencia entre el valor de transmisión o amortización y el de adquisición o suscripción (letras, obligaciones...). Con la normativa anterior la venta o amortización de un título de renta fija podía configurarse como rendimiento o como variación de patrimonio dependiendo de la cuantía de los intereses, y si se calificaba como rendimiento implícito negativo no se integraba en la base. Ahora constituye siempre rendimiento del capital mobiliario y la Ley no distingue entre explícitos e implícitos -sí lo hace el Reglamento pero sólo a efectos de las retenciones-, por lo que se podrá compensar de forma ilimitada dentro de la parte general de la base imponible (además de la reducción del 30% si se genera en más de dos años).

Para evitar la utilización espuria de este mecanismo el artículo 23.2.b) Ley dispone que «los rendimientos negativos derivados de transmisiones de activos financieros, cuando el contribuyente hubiera adquirido activos financieros homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a dichas transmisiones, se integrarán a medida que se transmitan los activos financieros que permanezcan en el patrimonio del contribuyente»⁵³. Con ello se establece una medida antifraude para evitar la aplicación de rendimientos negativos con la transmisión de estos activos.

⁵³ Analizando el Proyecto de Ley, E. SANZ GADEA entiende que la solución sería incluir estos rendimientos negativos en la parte especial de la base imponible. Cfr. «El Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 185, 1998, pág. 55.

Fue la Ley 48/1985 la que rompió claramente con el planteamiento sintético del Impuesto, prohibiendo la compensación de disminuciones patrimoniales con rendimientos. Se trataba de evitar una práctica (similar a la que se acaba de señalar) consistente en la generación artificial de minusvalías bursátiles, con posterior recompra de los activos, materializando pérdidas al mismo tiempo que se mantenían los activos en cartera. Pero este hábito se soslaya con el artículo 31.5 de la nueva Ley que impide computar las pérdidas patrimoniales cuando en un plazo más o menos breve contado desde la transmisión (dos meses o un año, según coticen o no en un mercado secundario oficial) se adquieran valores homogéneos -incluso desde 1998 ya existía esta medida introducida por la Ley 66/1997, aunque con un plazo común de dos meses-. Ello debería provocar una mayor flexibilidad en la compensación de pérdidas, sobre todo en las generadas a largo plazo, sin perjuicio de que se tipifiquen determinados supuestos elusorios del impuesto. Hay que pensar que a nadie le interesa generar una pérdida real aunque con ello reduzca su tributación, pues siempre será cuantitativamente mayor la pérdida que la rebaja obtenida.

El problema principal se plantea por la no compensación de pérdidas patrimoniales a corto con ganancias patrimoniales a largo plazo. Por ejemplo, un contribuyente que sufra una pérdida por la venta de un elemento de su patrimonio adquirido hace tres años y que no obtenga incrementos de patrimonio a largo plazo en los cuatro ejercicios siguientes, perdería el derecho a compensar la minusvalía generada, lo que supone una vulneración del principio de capacidad económica y del carácter sintético del impuesto.

Resulta especialmente criticable la situación que se produce con los rendimientos de actividades económicas. El artículo 26.2 de la Ley dispone que para la determinación de este rendimiento «no se incluirán» las ganancias o pérdidas provenientes de elementos afectos, que se cuantificarán conforme a las normas que la Ley establece para las ganancias y pérdidas patrimoniales. Se trata de evitar la discriminación del empresario individual o del profesional con el resto de personas físicas (Exposición de Motivos), pero se crea otra discriminación de aquéllos con el empresario social, pues se impide la compensación de los rendimientos de actividades económicas con las pérdidas patrimoniales a largo plazo generadas en la explotación, lo cual carece de sentido. De hecho, el Informe de la Comisión propuso la compensación limitada de las pérdidas de capital a corto plazo con rendimientos -que la Ley concretó en el 10 por 100- para incrementar «los niveles de asunción de riesgo de los inversores» (pág. 149). Pero ¿qué ocurre con el nivel de asunción de riesgo de empresarios y profesionales? Acaso no merece -y con mayor motivo- ser estimulado positivamente? Incluso la compensación limitada de las pérdidas de elementos afectos provoca una discriminación del empresario individual frente al empresario social. Con ello se vulneran los principios de capacidad económica, con su proyección sobre el de justicia tributaria, y particularmente el de neutralidad. También quiebra el principio de proporcionalidad, pues no se aprecia una idoneidad en la medida adoptada por el legislador para la consecución del fin perseguido y la ponderación de bienes jurídicos merece un juicio negativo, aparte de que la lesión del principio de capacidad económica no es mínima.

3. Compensación de las rentas en los ejercicios siguientes: Problemática del límite temporal en la compensación.

Una vez calculada la base liquidable general, previa aplicación de las reducciones legales sobre la parte general de la base imponible, y la base liquidable especial, que coincide con la parte especial de la base imponible (pues no admite reducciones), las posibles partidas negativas se compensarán en los cuatro ejercicios siguientes de acuerdo con el esquema que se recoge en el siguiente cuadro.

COMPENSACIÓN DE PARTIDAS NEGATIVAS GENERADAS A PARTIR DE 1999	
BASES LIQUIDABLES GENERALES NEGATIVAS (rendimientos e imputaciones de renta negativos)	Bases liquidables generales positivas (en la cuantía máxima que permita cada uno de los ejercicios siguientes)
PÉRDIDAS PATRIMONIALES GENERADAS EN DOS O MENOS AÑOS	1. Ganancias patrimoniales de dos o menos años 2. Rendimientos e imputaciones de renta positivas con el límite del 10%
PÉRDIDAS PATRIMONIALES GENERADAS EN MÁS DE DOS AÑOS	Ganancias patrimoniales generadas en más de dos años

Según el artículo 47 de la LIRPF, si la base liquidable general es negativa su importe podrá compensarse con el de las bases liquidables generales positivas de los cuatro ejercicios siguientes. La base liquidable general negativa estará compuesta de rendimientos e imputaciones de renta negativos, compensados, en su caso, con ganancias patrimoniales a corto, puesto que las pérdidas netas (compensadas con las ganancias) generadas en dos o menos años sólo se integran en la parte general de la base imponible si el saldo de los rendimientos y rentas imputadas es positivo. Si dicho saldo es negativo no se pueden acumular las pérdidas. La compensación se efectuará *en la cuantía máxima* que permita cada uno de los ejercicios siguientes, lo que impide al contribuyente planificar fiscalmente la compensación atendiendo a sus expectativas de renta, y *dentro del plazo de cuatro años* sin que pueda acumularse a partidas negativas de años posteriores.

Si el saldo de las ganancias y pérdidas a corto plazo es negativo -pérdidas a corto- se compensará con las ganancias a corto en los cuatro ejercicios siguientes y, en su defecto, con los rendimientos e imputaciones de renta en dicho plazo, en este último caso con el límite ya citado del 10 por 100.

En cuanto a la parte especial de la base imponible (ganancias y pérdidas generadas en más de dos años) y, en consecuencia, la base liquidable especial, sólo puede tener saldo positivo. Si se producen pérdidas patrimoniales a largo, sólo podrán compensarse con la parte especial de la base imponible de los cuatro años siguientes. Teniendo en cuenta que en la base liquidable especial se incluyen las pérdidas patrimoniales generadas en más de dos años que procedan de bienes afectos a actividades económicas debería admitirse en estos casos la compensación con rendimientos de este tipo, como sucede en el Impuesto sobre Sociedades.

La limitación de la compensación en todos estos casos a un período de cuatro años -debida a la reducción del plazo de prescripción por la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente- puede contravenir el principio de capacidad económica. El plazo de prescripción no debe actuar como condicionante en la fijación del período de compensación de partidas negativas, como se pone de manifiesto en el establecimiento de un plazo de cinco años para compensar las reducciones no practicadas por planes de pensiones o Mutualidades al exceder del límite legal (art. 50 RIRPF), o en la modificación que la Ley 40/1998 hace del Impuesto sobre Sociedades, elevando el plazo de compensación de bases imponibles negativas de siete a diez años (art. 23.1 LIS)⁵⁴. Aunque la elevación del plazo de compensación de pérdidas responde en este caso al principio de coordinación internacional (Exposición de Motivos de la LIS), es también una exigencia del principio de capacidad económica, constituido en hilo conductor de la Ley del Impuesto sobre la Renta⁵⁵. Más aún cuando no se prevé la indexación de pérdidas para corregir el efecto de la inflación sobre las partidas negativas a compensar en los posteriores ejercicios fiscales.

Esta cuestión adquiere especial relevancia en las actividades económicas, que pueden provocar rendimientos negativos o pérdidas cuyo plazo máximo de compensación será de cuatro años (también las pérdidas generadas en más de dos años tienen este límite temporal), lo que supone un agravio comparativo de los empresarios y profesionales en el IRPF frente a las empresas constituidas bajo la forma de sociedad que, aparte de disponer de un plazo de diez años para compensar las bases imponibles negativas, si son de nueva creación el cómputo se hará a partir del primer período impositivo cuya renta sea positiva (art. 23 LIS).

⁵⁴ Postula R. FALCÓN que nada impide que dentro del plazo de prescripción se compruebe la renta pendiente de compensar, como se advierte en el nuevo apartado 5 del artículo 23 de la LIS añadido por la Ley 40/1998, que habilita a estos efectos la comprobación de ejercicios prescritos, *cfr.* «El nuevo IRPF y la capacidad .. *cit.*, pág. 6.

⁵⁵ La ampliación del plazo de compensación de cinco a siete años por la LIS en su redacción inicial suaviza las distorsiones temporales de la capacidad económica originadas por el principio de independencia de ejercicios [*cfr.* P.M. HERRERA MOLINA, *Capacidad económica y sistema fiscal (análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 444].

Ello plantea el siguiente interrogante: ¿es extrapolable a los profesionales y empresarios individuales la normativa sobre compensación de pérdidas del Impuesto sobre Sociedades? Según el artículo 26 de la Ley 40/1998, apartado uno, «el rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este artículo». Dicho precepto excluye de dicho rendimiento, en su apartado dos, las ganancias o pérdidas provenientes de elementos que se tratarán como ganancias y pérdidas puras, como ya se dijo. En consecuencia, las pérdidas provenientes de elementos afectos no se incluyen en el rendimiento neto y no se determinan conforme al Impuesto sobre Sociedades ni serán compensables por encima de los cuatro años señalados. En cuanto a los rendimientos negativos sí se incluyen en el rendimiento neto y se fijarán, por tanto, conforme a las normas que rigen la determinación de la base imponible en la LIS. Pero esta base imponible es anterior a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. Por ello consideramos que la remisión que la Ley del Impuesto sobre la Renta hace al Impuesto sobre Sociedades se refiere a la determinación del rendimiento neto del ejercicio (equivalente a la base imponible en dicho impuesto), no a la posterior compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, por lo que tampoco los rendimientos negativos serían compensables más allá del cuarto año, previa integración en la base liquidable general ⁵⁶. Ello contraviene el principio de neutralidad, que exige que la aplicación del tributo no altere el comportamiento económico de los sujetos pasivos (excepto que dicha alteración tienda a superar equilibrios ineficientes de mercado -señala la Exposición de Motivos de la LIS- lo que no ocurre aquí), al ser previsibles cambios en la personalidad de los contribuyentes para aprovechar el mayor plazo de compensación. Pero, fundamentalmente, constituye una clara vulneración del principio de capacidad económica, proclamado en la Constitución como principio básico en el establecimiento de los tributos.

Los problemas apuntados podrían salvarse con una interpretación correctiva del artículo 26.1 de la LIRPF, entendiendo por rendimiento neto todas las rentas (generadas o no en el ejercicio) y excluyendo las pérdidas patrimoniales de elementos afectos sólo de cara a su cuantificación, pero no en su compensación. En cualquier caso, *lege ferenda* debería modificarse este precepto incluyendo en el rendimiento neto de estas actividades la compensación de bases liquidables negativas en la parte correspondiente a rendimientos de actividades económicas e imputaciones de sociedades transparentes de profesionales, artistas y deportistas a los socios que ejerzan dicha actividad. En estos supuestos, el plazo también debería ser de diez años, como en el Impuesto sobre Sociedades.

⁵⁶ Señala R. FALCÓN que este límite de cuatro años, que la Ley predica exclusivamente para la compensación del saldo negativo de las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas en dos o menos años, parece extenderse también a los rendimientos negativos de actividades económicas. Entendemos que así es, puesto que dichos rendimientos se integran en la parte general de la base imponible y, posteriormente tras la minoración de las reducciones del artículo 46 de la Ley en la base liquidable general, cuyo límite temporal de compensación es también de cuatro años (art. 47 LIRPF), *cfr.* «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva, *cit.*, pág. 6.

4. Compensación de las rentas negativas anteriores a 1999: Régimen transitorio.

Las partidas negativas anteriores al año 1999 pendientes de compensación podían provenir de diversas categorías de renta, atendiendo a su composición y al período de generación. Así, la Ley 18/1991 distinguía dos clases de renta, regular e irregular:

- a) *Renta regular* era, con carácter general, la obtenida por rendimientos y variaciones patrimoniales generados en un período inferior a un año, pero también los rendimientos imputados de sociedades transparentes, los rendimientos irregulares negativos de actividades empresariales y profesionales, las variaciones patrimoniales de elementos afectos aunque se generasen en más de un ejercicio y los incrementos de patrimonio no justificados.
- b) *Renta irregular* era la obtenida por rendimientos y variaciones patrimoniales generados en más de un año, así como la procedente de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular y de variaciones patrimoniales por enajenación de bienes afectados por circunstancias excepcionales (incendio, inundación).

A continuación se anualizaban los rendimientos irregulares (dividiéndolos por el número de años en que se habían generado), integrando la parte anualizada en la parte regular de la base imponible y el resto en la irregular.

Sobre la base imponible regular se aplicaban las reducciones oportunas para hallar la base liquidable regular. Las bases imponibles irregulares no admitían reducciones.

Con ello se establecía una base liquidable regular y cuatro bases imponibles irregulares a las que ya hemos hecho referencia (arts. 70 y 72 Ley 18/1991).

La disposición transitoria quinta de la Ley 40/1998 establece el régimen transitorio aplicable a las partidas pendientes de compensación, respetando el plazo de cinco años. De este modo, nos encontramos con partidas negativas correspondientes a bases liquidables regulares, rendimientos irregulares y disminuciones patrimoniales netas (regulares o irregulares) procedentes de los períodos impositivos 1998, 1997, 1996, 1995 y 1994, que son las que se recogen en el siguiente cuadro, y que se compensarán conforme a este esquema:

COMPENSACIÓN DE PARTIDAS NEGATIVAS GENERADAS ENTRE 1994-1998	
RENDIMIENTOS IRREGULARES NEGATIVOS	Saldo positivo de los rendimientos e imputaciones de renta de la parte general de la base imponible
DISMINUCIONES PATRIMONIALES NETAS	Parte especial de la base imponible (saldo positivo de las ganancias y pérdidas de más de dos años)
BASES LIQUIDABLES REGULARES NEGATIVAS	Saldo positivo de la base liquidable general

El nuevo sistema mejora sustancialmente la compensación de las bases liquidables regulares negativas, que antes sólo podían compensarse con bases liquidables regulares positivas, con lo que no podían minorar los rendimientos irregulares ni los incrementos patrimoniales de uno a dos años. Ahora se compensan con el saldo positivo de la base liquidable general, donde se incluyen estas partidas.

También permite compensar, a diferencia del anterior, los rendimientos irregulares negativos con rendimientos generados en un período inferior a un año, al operar sobre el saldo positivo resultante de integrar y compensar todos los rendimientos y rentas imputadas. Lógicamente la compensación se producirá antes de restar -con el límite del 10 por 100- las eventuales pérdidas patrimoniales.

En cambio, las disminuciones patrimoniales con un período de generación igual o inferior a dos años resultan perjudicadas, pues ya no pueden compensarse con incrementos generados en dos o menos años. ¿Por qué no se permite compensar las disminuciones a corto plazo de ejercicios anteriores a 1999 con incrementos a corto plazo? Lo más coherente con el principio de capacidad económica sería admitir dicha compensación e impedir, en su caso, la referida en el párrafo anterior entre rendimientos irregulares y rendimientos regulares (o, en todo caso, generados en más de dos años). Pero resulta contrario a dicho principio que un contribuyente que haya sufrido una pérdida a corto plazo deba esperar a obtener un ganancia a largo plazo para poderla compensar. En primer término, porque se trata de categorías de renta diferentes en la nueva Ley, y en segundo lugar porque dicha espera -para generar un incremento a largo plazo- puede provocar que transcurra el plazo de compensación. Ya en el anterior sistema se impedía la compensación de las variaciones patrimoniales regulares netas negativas con los incrementos de patrimonio regulares de los ejercicios siguientes (art. 62.2 Ley 18/1991) pero ahora la limitación se amplía a las rentas generadas entre uno y dos años, agravándose la incoherencia de la regulación precedente.

V. CONCLUSIONES

1. El principio de periodicidad del Impuesto sobre la Renta tiene un mero carácter técnico y puede entrar en conflicto con el principio material de capacidad económica. Esto sucede con aquellas rentas cuyo lapso de generación desborda el período impositivo. La resolución de esta problemática exige un tratamiento especial para las rentas irregulares, tanto si se trata de rendimientos como de ganancias patrimoniales.

2. Teóricamente sería posible periodificar *a posteriori* las rentas irregulares imputándolas mediante declaraciones complementarias a cada uno de los períodos de generación, pero dicho técnica resulta impracticable. La distorsión de la progresividad también puede corregirse anualizando

las rentas, y tomando en consideración el cociente (junto a las rentas regulares) para determinar el tipo de gravamen aplicable a la totalidad de la renta. Éste es el sistema que, con importantes matices, seguía la antigua legislación así como parte del Derecho comparado. El inconveniente radica en la fragmentación de la base imponible y los consiguientes límites a la compensación e integración de los diversos componentes imponibles.

3. Con el fin de lograr la simplificación fiscal, la nueva Ley prescinde del mecanismo de anualización y opta -como regla general- por aplicar un coeficiente reductor del 30 por 100 a los *rendimientos* irregulares con independencia del período de generación. Con ello se reduce la fragmentación de la base imponible, pero se lesiona la justicia tributaria discriminando los rendimientos irregulares a largo plazo frente a aquellos que se han obtenido en un período ligeramente superior a dos años. Por otra parte el coeficiente reductor se utiliza como instrumento para conceder un beneficio fiscal en el caso de las prestaciones asistenciales y *muy especialmente en el caso de ciertos seguros*, en los que el porcentaje aumenta en función del período de generación hasta alcanzar el 70 por 100.

4. Resulta sumamente criticable que un instrumento diseñado para paliar las distorsiones de la progresividad se manipule para otorgar un trato favorable a ciertos productos financieros. Con ello se dificulta enormemente el control preciso de cada una de estas finalidades; es decir, en qué medida se logra corregir el exceso de progresividad y hasta qué punto el trato de favor para ciertas rentas produce una desviación proporcionada del principio de capacidad económica. Esta cortina de humo no basta para evitar el reproche de inconstitucionalidad. Es más, en la medida en que no pueden distinguirse con precisión los efectos extrafiscales y el logro de la justicia tributaria, puede presumirse que el instrumento utilizado no es idóneo para lograr ninguno de estos dos fines. En este punto la Ley incurre en una falta de transparencia incoherente con el propósito de simplificación.

5. Precisamente las deficiencias del mecanismo corrector de la progresividad fuerzan a que el legislador adopte determinadas medidas antielusión: aumento a más de dos años del período de generación que permite aplicar el coeficiente reductor, no aplicación a los rendimientos del trabajo percibidos de forma recurrente, enumeración taxativa por el reglamento de rentas percibidas de forma notoriamente irregular en el tiempo. Dichas medidas resultan desproporcionadas y plantean notables problemas interpretativos. El legislador ha creado nuevos problemas en aras de la pretendida simplificación, pero no ha sabido afrontarlos de manera adecuada.

6. En cuanto a las ganancias y pérdidas patrimoniales que la Ley considera irregulares (generadas en más de dos años) no se plantea el problema de distorsión de la progresividad, dado que tributan a un tipo especial del 20 por 100. Con ello se intenta agilizar el tráfico económico y evitar la

fuga de capitales a otros países de nuestro entorno. El problema de deslocalización de capitales es real, pero la tributación separada al 20 por 100 no sólo constituye un trato de favor frente a los rendimientos irregulares; supone un privilegio para el capital frente al trabajo. Las rentas procedentes de este último factor soportan todo el peso de la progresividad; es más, la Ley establece diversas cautelas antielusivas para evitar que pueda planificarse la aplicación del coeficiente reductor del 30 por 100. En cambio, el titular del capital sólo tiene que esperar el transcurso de dos años y un día para beneficiarse de la tributación al 20 por 100.

7. Esta discriminación de las rentas del trabajo constituye, a nuestro juicio, un vicio de inconstitucionalidad. Sería preferible disminuir la progresividad para todos los rendimientos y no limitarla demagógicamente a los procedentes del trabajo. Es posible que el problema no pueda resolverse adecuadamente en el ámbito nacional sin contar con medidas armonizadoras en el ámbito de la Unión Europea, pero ello no debe llevar a silenciar las críticas, sino a un esfuerzo por introducir las exigencias de justicia en la fiscalidad comunitaria e internacional.

8. En cuanto a la integración y compensación de rentas, el nuevo régimen ha supuesto una mejora notable por su sencillez, pero no ha eliminado todos los problemas. De un lado, la fijación del largo plazo en dos años supone un gravamen excesivo para las rentas generadas entre uno y dos años que no ven corregida la progresividad de la tarifa. Por otro, la tributación separada al 20 por 100 de las ganancias patrimoniales a corto plazo lleva a prohibir la compensación de las pérdidas patrimoniales a largo plazo con las ganancias patrimoniales a corto y viceversa, lo que unido al límite temporal de la compensación de pérdidas (cuatro años) ofrece serios reparos desde la perspectiva del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica. Además, se crea una grave discriminación entre el empresario individual y el constituido en sociedad, pues este último no tiene límites en la integración de pérdidas y podrá compensarlas con las bases positivas de los diez ejercicios siguientes.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Propuesta de medidas para la Reforma del IRPF*, Madrid, 13 de febrero de 1998.

AA.VV.: *Informe del Ministerio de Economía y Hacienda*, junio de 1990, IEF, 1990.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: *El sistema tributario español y comparado*, Tecnos, Madrid, 2.ª edic., 1992.

ALBIÑANA, C. y FONSECA, E.: *El nuevo impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Deusto, 1992.

ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Devengo del tributo y período impositivo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ANTÓN PÉREZ, J.A.: «Comentario al art. 2», en la obra colectiva dirigida por F. VICENTE-ARCHE DOMINGO, *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Colex, Madrid, 1993.

AULT, H.J.: *Comparative income taxation. A Structural Analysis*, Kluwer Law International, Londres, 1997.

BANACLOCHE PÉREZ, J.: *La nueva imposición sobre la renta*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

BLASCO CASTIÑEIRA M. y TORIBIO RAMOS, J.: «Gastos deducibles y reducciones», en la obra colectiva, *Comentarios de Urgencia a la Ley del Impuesto sobre la Renta y a la Ley de no Residentes*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

BLASCO DELGADO, C.: *Los incrementos y disminuciones de patrimonio en el IRPF*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

CARBAJO VASCO, D. y DOMÍNGUEZ RODICIO, J.R.: *Todo sobre el nuevo IRPF*, Praxis, Barcelona 1999.

CAYÓN GALIARDO, A.: «Comentarios a los artículos 57-59» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, dirigidas por F. VICENTE-ARCHE DOMINGO, Colex, Madrid, 1993.

CORREAS GONZÁLEZ, L.M. y otros: *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, CISS, Valencia, 1999.

- FALCÓN y TELLA, R.: «El nuevo IRPF y la capacidad contributiva (II): coeficientes de corrección monetaria y rendimientos irregulares», *Quincena Fiscal* n.º 2, enero 1999.
- FRANKE, F.: voz «Außerordentliche Einkünfte», en la obra dirigida por W.H. WACKER, *Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung*, 3.ª ed., Verlag Vahlen, Munich, 1994.
- GAGO RODRÍGUEZ, A.: «El ajuste inflacionario para las ganancias de capital», *HPE*, n.º 79, 1982.
- GOTA LOSADA, A.: *Tratado del Impuesto sobre la renta*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1971.
- HERRERA MOLINA, P.M. y CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los incrementos no justificados de patrimonio: componente presunto del IRPF», *CREDF*, n.º 81, 1994.
- HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal (análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- LANG, J.: *Entwurf eines Steuergesetzbuchs*, Bundesministerium der Finanzen, Schriftenreihe, Heft 49, Stollfuß Verlag, Bonn, 1993.
- LÓPEZ BERENGUER, J.: *El nuevo IRPF y el nuevo Impuesto sobre los «no residentes»*, Dykinson, Madrid, 1999.
- MARTÍN QUERALT, J.: «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva, *Curso de Derecho Tributario, Parte Especial*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996 (14.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1998).
- PALAO TABOADA, C.: «La imposición sobre las ganancias de capital y la justicia tributaria», *HPE*, n.º 9, 1971.
- PÉREZ ROYO, F.: «Los delitos contra la Hacienda Pública: opciones de política legislativa en su regulación y cuestiones sobre su aplicación», en *XIX Jornadas latino-americanas de Direito Tributario*, Livro 1b, A Criminalização das Infracções Fiscais, Relatório Nacional de Espanha, Associação Fiscal Portuguesa, ILADT, Lisboa, Portugal, 11-16 de Outubro de 1998.
- PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PIÑA GARRIDO, D.: *El devengo y el período impositivo en el sistema tributario español*, Colex, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: «Un problema de alcance constitucional, la tributación sobre la renta efectiva o la renta presunta, media o normal», *CREDF*, n.º 79, 1993.

SANZ GADEA, E.: «Tributación sobre las ganancias de capital y modelos de imposición sobre las rentas de capital», en la obra colectiva, *Presente y Futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

SEEGER, S.F.: «§ 34, Auberordentliche Einkünfte», en la obra dirigida por L. SCHMIDT *Einkommensteuergesetz Kommentar*, 14.ª edición, Verlag C.H. Beck, Munich, 1995.

TIPKE, K.: *Die Steuerrechtsordnung*, Otto Schmidt, Colonia, 1993.

TIPKE, K. y LANG, J.: *Steuerrecht*, 15.ª ed., Otto Schmidt, Colonia, 1996.