

TRIBUTACIÓN

**LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS
FÍSICAS Y JURÍDICAS. MODIFICACIONES ESTABLECIDAS
POR LA LEY 55/1999, DE MEDIDAS FISCALES,
ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL, Y POR LA
LEY 54/1999, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO**

**Núm.
15/2000**

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

EL presente artículo expone y comenta las normas que, relativas al Impuesto sobre la Renta y al Impuesto sobre Sociedades, se contienen en la Ley 54/1999 y en la Ley 55/1999.

Sumario:

- I. Enumeración de medidas.
 1. Medidas que afectan al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 2. Medidas que afectan al Impuesto sobre Sociedades.

- II. Medidas relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 1. Los seguros de vida denominados *unit linked*.
 - 1.1. Introducción.
 - 1.2. Régimen fiscal de los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión.
 - 1.3. Valoración del régimen fiscal de los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión.

 2. Rentas irregulares del trabajo personal.
 - 2.1. Normas modificadas.
 - 2.2. Contenido de la modificación fiscal.

 3. Ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994.

 4. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.
 - 4.1. Coeficientes de actualización para inmuebles no afectos a actividades económicas.
 - 4.2. Coeficientes de actualización para inmuebles afectos a actividades empresariales.
 - 4.3. Esquema de tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales.

5. Residencia habitual en territorio español.
6. Disposiciones relativas a la vivienda.
 - 6.1. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual.
 - 6.2. Obras de instalación y adecuación de la vivienda del contribuyente minusválido.
 - 6.3. Compensación fiscal para arrendatarios de vivienda.

III. Modificaciones relativas al Impuesto de Sociedades.

1. Fusiones y operaciones asimiladas.
 - 1.1. Introducción y antecedentes.
 - 1.2. Contenido de la modificación.
2. Imputación temporal de ingresos en los seguros de vida denominados *unit linked*.
 - 2.1. La nueva norma de imputación temporal en el marco del principio del devengo.
 - 2.2. Técnica de integración de la diferencia en la base imponible.
 - 2.3. Contratos de seguro concertados para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987.
3. Período impositivo.
 - 3.1. Descripción de los nuevos supuestos de conclusión del período impositivo.
 - 3.2. Transformación en una entidad no sujeta al Impuesto de Sociedades.
 - 3.3. Transformación en una entidad que tributa a un tipo de gravamen diferente o en régimen tributario especial.
4. Transparencia fiscal.
 - 4.1. La asimilación de ciertos dividendos a beneficios empresariales.
 - 4.2. Valoración de la norma.

5. Investigación científica e innovación tecnológica.
 - 5.1. Concepto de I+D.
 - 5.2. Concepto de innovación tecnológica.
 - 5.3. Delimitación negativa del I+D y de la investigación tecnológica.
 - 5.4. Gastos afectos a las actividades de I+D y de innovación tecnológica.
 - 5.5. Lugar de realización de la actividad.
 - 5.6. Base de cálculo de la deducción.
 - 5.7. Porcentajes de deducción.
 - 5.8. Límite de deducción.
 - 5.9. Acuerdos previos de valoración.
6. Compensación de bases imponibles negativas.
 - 6.1. Extensión del plazo de compensación de diez años a supuestos particulares.
 - 6.2. Facultades de comprobación de la Administración tributaria.
7. El pago fraccionado.
8. Deducción medioambiental.
9. Beneficios fiscales aplicables a Salamanca Capital Europea de la Cultura 2002.
10. La corrección monetaria.
11. Entidades no lucrativas.
 - 11.1. Beneficios derivados de la realización de explotaciones económicas.
 - 11.2. Donaciones.
12. Beneficios fiscales a la construcción de buques.

I. ENUMERACIÓN DE MEDIDAS

1. Medidas que afectan al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. Incorporación de una nueva letra, q, al artículo 7 de la Ley 40/1998, declarando exentas determinadas indemnizaciones (artículo 1.Uno Ley 55/1999).
2. Incorporación de una nueva letra, h, al artículo 14.2 de la Ley 40/1998, regulando la imputación temporal de las rentas de determinados seguros de vida (artículo 1.Dos Ley 55/1999 y disposición transitoria segunda).
3. Incorporación de un nuevo apartado, 3, al artículo 24 de la Ley 40/1998, regulando la tributación de los seguros de vida denominados *unit linked* (artículo 1.Tres Ley 55/1999 y disposición transitoria segunda).
4. Nueva redacción del apartado 4.º del artículo 55.1 de la Ley 40/1998, relativo a la deducción por vivienda (artículo 1.Cuatro Ley 55/1999 y disposición transitoria undécima).
5. Nueva redacción del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, relativo a la aplicación de porcentajes reductores de rentas irregulares (artículo 1.Cinco Ley 55/1999 y disposición transitoria duodécima).
6. Reducción de los rendimientos netos en régimen de estimación objetiva (artículo 2 Ley 55/1999).
7. Exención ayudas públicas con motivo de inundaciones en Biescas y Badajoz (disposición adicional sexta Ley 55/1999).
8. Beneficios fiscales aplicables a Salamanca Capital Europea de la Cultura 2002 (disposición adicional novena Ley 55/1999).
9. Exención determinadas rentas del personal laboral al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en España (disposición adicional décima Ley 55/1999).

10. Nueva redacción del artículo 9.1.a) de la Ley 40/1998, relativo al cómputo del período de permanencia en territorio español determinante de la residencia habitual (disposición adicional undécima Ley 55/1999).
11. Definición del grado de minusvalía a efectos fiscales (disposición adicional duodécima Ley 55/1999).
12. Nueva redacción de la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998 (disposición transitoria primera Ley 55/1999).
13. Coeficientes de actualización del valor de adquisición a efectos de lo previsto en el artículo 33.2 de la Ley 40/1998 (artículo 58 Ley 54/1999).
14. Modificación de la escala general y autonómica del impuesto para adaptarla a la evolución de los precios (artículos 59 y 60 Ley 54/1999).
15. Asignación de recaudación del IRPF a la Iglesia Católica y a fines sociales (disposición adicional vigésima y vigésima segunda Ley 54/1999).
16. Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en el IRPF (disposición transitoria cuarta Ley 54/1999).
17. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en el IRPF (disposición transitoria quinta Ley 54/1999).

2. Medidas que afectan al Impuesto sobre Sociedades.

1. Incorporación de un nuevo apartado al artículo 19 de la Ley 43/1995, al objeto de regular la imputación temporal de las rentas de determinados seguros de vida (artículo 3.Uno Ley 55/1999).
2. Incorporación de dos nuevas letras al artículo 24.2 de la Ley 43/1995, para establecer dos nuevos supuestos de conclusión del período impositivo (artículo 3.Dos Ley 55/1999 y disposición transitoria décima).
3. Nueva redacción del artículo 33 de la Ley 43/1995, para establecer incentivos fiscales para las innovaciones tecnológicas (artículo 3.Tres Ley 55/1999).
4. Nueva redacción del apartado 4 del artículo 35 de la Ley 43/1995, para ampliar la deducción medioambiental (artículo 3.Cuatro Ley 55/1999).
5. Nueva redacción del último párrafo de la letra a) del artículo 75 de la Ley 43/1995, para ampliar el concepto de renta procedente de actividades empresariales (artículo 3. Cinco Ley 55/1999).

6. Nueva redacción de los artículos 75.3, 95.1.b) y 106 de la Ley 43/1995, al objeto de ampliar el plazo de compensación de bases imponibles negativas a diez años (artículo 3.Cinco, Seis y Ocho Ley 55/1999).
7. Nueva redacción del artículo 98.1 de la Ley 43/1995, al objeto de regular el régimen de las operaciones de fusiones y asimiladas cuando intervienen entidades sujetas a tipo de gravamen especial o a regímenes tributarios especiales (artículo 3.Siete Ley 55/1999, y disposición transitoria décima).
8. Supresión de determinados requisitos para disfrutar de los incentivos fiscales para la renovación de la flota de la marina mercante según la regulación establecida por la disposición adicional decimoquinta de la Ley 43/1995 (artículo 3.Nueve Ley 55/1999).
9. Nueva redacción del artículo 24.1 de la Ley 20/1990, al objeto de ampliar el plazo de compensación de bases imponibles negativas a diez años (artículo 4 Ley 55/1999).
10. Beneficios fiscales aplicables a Salamanca Capital Europea de la Cultura 2002 (disposición adicional novena Ley 55/1999).
11. Modificación de los artículos 48.2, 58.2, 59.2 y 63.1.b) de la Ley 30/1994 (artículo 16 Ley 55/1999).
12. Nueva redacción del artículo 3.1.a) de la Ley 39/1997 (artículo 17 Ley 55/1999).
13. Coeficientes de corrección monetaria para los períodos impositivos que se inicien en el año 2000 (artículo 61 Ley 54/1999).
14. Pago fraccionado en el Impuesto sobre Sociedades para los períodos impositivos que se inicien en el año 2000 (artículo 62 Ley 54/1999).
15. Actividades y programas prioritarios de mecenazgo del artículo 67 de la Ley 30/1994 (disposición adicional novena Ley 54/1999).

La importancia de las medidas anteriormente enumeradas es muy desigual.

Destacan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la nueva regulación de los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión y el límite a los porcentajes reductores de rentas irregulares. Ambas modificaciones de la Ley 40/1998, entradas en el órgano legislativo antes de que se hubiera devengado la primera obligación tributaria nacida de la misma, versan sobre aspectos esenciales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Las restantes modificaciones tienen una significación menor.

En el Impuesto sobre Sociedades las modificaciones más importantes son esencialmente técnicas. Destacan las relativas a la regulación de la fiscalidad de ciertas operaciones societarias como son la transformación, fusión y actos jurídicos asimilados, cuyo régimen, a juicio del legislador, no era satisfactorio en la redacción original de la Ley 43/1995. Como veremos, es muy probable que en

el transfondo esté latente la preocupación de que el régimen de diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes en las operaciones de fusión y asimiladas, e igualmente en las de transformación, pueda ser utilizado por los sujetos pasivos para entrar sin coste fiscal, en la confortable fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva. También explica dicha preocupación el nuevo supuesto de imputación temporal. La pregunta que, inmediatamente, nace del conjunto de las modificaciones relacionadas es si la patología fiscal se halla en los caminos de acceso al régimen fiscal de la inversión colectiva o en este régimen en sí mismo.

Continúa el avance implacable de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades, básicamente, pero no únicamente, concretado en la deducción por innovaciones tecnológicas. Se aleja con ello el impuesto, de manera clamorosa, del objetivo de neutralidad, del que hizo bandera, con desigual éxito, la reforma de 1995. La confianza en la asignación de recursos a través del mercado, propia del principio de neutralidad, cede el paso al dirigismo fiscal.

En sucesivos apartados estudiamos las medidas más importantes.

II. MEDIDAS RELATIVAS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. Los seguros de vida denominados *unit linked*.

1.1. Introducción.

El artículo 1 de la Ley 55/1999 ha añadido una nueva letra al artículo 14.2 y ha incorporado un nuevo apartado al artículo 24, ambos de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, al objeto de regular la tributación de las operaciones habitualmente conocidas como seguros *unit linked*. Sin perjuicio de las precisiones que más adelante efectuaremos, estos seguros son aquellos en los que el tomador asume el riesgo de la inversión. Pues bien, la nueva regulación tiene por objeto definir las características y requisitos que deben cumplir este tipo de contratos para que los rendimientos que de las inversiones amparadas por los mismos se deriven puedan disfrutar del régimen tributario privilegiado que, para el seguro de vida, ha establecido la Ley 40/1998. Consecuentemente también se define el régimen tributario de las rentas derivadas de aquellos contratos en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión y no tengan las características ni cumplan los requisitos anteriormente mencionados. De esta manera, a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/1999, el régimen de las rentas derivadas de los contratos de seguros de vida se enriquece, ya que junto a la muy detallada regulación original, se añade la correspondiente al seguro de vida fiscalmente no protegido que, obviamente, en la práctica no existirá, aunque sí en la abstracción teórica.

Adelantando ideas que más adelante se expondrán, el régimen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las rentas del capital derivadas de los contratos de seguros de vida puede ser esquematizado de la siguiente manera:

Contratos de seguro de vida sujetos al IRPF	El tomador no asume el riesgo de la inversión	<p>La renta tributa cuando la prestación es exigible o se rescata el seguro [art. 23.3 a)].</p> <p>Si la prestación adopta la forma de capital la renta tributará parcialmente [art. 24.2.b)]: exención parcial por motivos de renta irregular.</p>
	El tomador asume el riesgo de la inversión	<p>Los contratos cumplen los requisitos previstos en el artículo 24.3: diferimiento (art. 24.3) y exención parcial [art. 24.2.b)].</p> <p>Los contratos no cumplen los requisitos previstos en el artículo 24.3.</p> <p>La renta tributa cuando se produce [art. 14.2.h)]: no diferimiento.</p> <p>La renta tributa en su totalidad (art. 24.3): no exención parcial ni diferimiento.</p>

Puede apreciarse que la tributación de las rentas del seguro de vida se caracteriza por dos elementos, básicamente:

- El momento en el que la renta se entiende obtenida.
- El tratamiento que dicha renta tiene, en cuanto renta irregular.

De los dos elementos el más relevante es el primero, ya que, por otra parte, manda sobre el segundo. En efecto, sólo cuando la renta se entiende obtenida en el momento de la prestación o del rescate procederá, en su caso, el tratamiento de la misma como irregular.

1.2. Régimen fiscal de los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión.

Como hemos esbozado el régimen es diferente según que se cumplan o no un conjunto de características y requisitos.

1.2.1. Contratos que no cumplen determinadas características y requisitos.

En este tipo de contratos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.2.h) de la Ley 40/1998 «Se imputará como rendimiento del capital mobiliario de cada período impositivo la diferencia entre el valor liquidativo de los activos afectos a la póliza al final y al comienzo del período impositivo...» Ésta es la primera característica, y la más importante, del régimen fiscal de las rentas derivadas de este tipo de contratos.

Supuesto que durante el período impositivo se paguen primas a la compañía de seguros, debemos entender que los activos financiados con cargo a las mismas forman parte del valor liquidativo inicial, ya que, junto con sus frutos, también forman parte del valor liquidativo final.

Naturalmente, el importe de los rendimientos imputados no debe tributar con ocasión de «...la percepción de cantidades de los contratos», esto es, cuando se perciban las prestaciones, sea bajo forma de renta o de capital, o bien cuando se rescate el seguro. En este sentido entendemos que las rentas percibidas corresponden a las rentas imputadas, de manera tal que sólo cuando aquéllas excedan a estas últimas, el importe del exceso tendrá la consideración de renta gravable.

Los activos afectos a la póliza pertenecen a la compañía de seguros, si bien la misma debe determinar el saldo de la provisión de seguros de vida en función de dichos activos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Real Decreto 2486/1998, ya que, en efecto, las obligaciones de la compañía aseguradora para con el asegurado se concretan en el valor de los activos específicamente afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor de los derechos del tomador.

Puesto que los activos afectos pertenecen a la compañía de seguros y las rentas derivadas de las mismas igualmente acrecen su patrimonio, al tiempo que unos y otras determinan el valor de los derechos del tomador, quien podrá hacerlos efectivos de acuerdo con las estipulaciones contractuales, la técnica fiscal para hacer tributar dichas rentas en sede del tomador es la imputación. Técnica propia de la transparencia fiscal que, como es sabido, atribuye las rentas obtenidas por determinadas entidades jurídicas a sus socios. Sin embargo, ha de señalarse una importante diferencia, ya que la transparencia fiscal, tanto interna como internacional, atribuye rentas generadas en sede de una entidad jurídica a los socios o partícipes de la misma plenamente realizadas, en tanto que esta última característica no se cumple en el caso de la determinación de rentas por diferencia de valores liquidativos ya que en el valor liquidativo se integran tres componentes, a saber, el valor de las aportaciones (en el caso de los seguros de vida las primas), las rentas plenamente realizadas derivadas de los elementos patrimoniales financiados con las mismas y, finalmente, las plusvalías tácitas inherentes a dichos elementos patrimoniales. Así, a través de esta forma de determinar e imputar una renta, pueden someterse a tributación rentas no efectivamente materializadas, aunque sean de fácil e inmediata materialización, ya que los elementos patrimoniales en cuestión de ordinario serán fácilmente liquidables.

Es teóricamente posible que el importe de los rendimientos imputados exceda del rendimiento derivado de la percepción de las prestaciones. En este caso entendemos que procede computar un rendimiento del capital mobiliario de carácter negativo, a integrar, por tanto, en la parte regular de la base imponible.

La determinación de un rendimiento del capital mobiliario negativo a través de una operación de seguro de vida encierra una paradoja ya que, precisamente, la institución del seguro está para cubrir riesgos, es decir, trasladar riesgos desde el asegurado a la compañía de seguros. No debemos olvidar que estamos ante un contrato de seguro de vida muy peculiar, ya que el riesgo de la inversión es asumido por el tomador. Nótese que la posibilidad de aparición de rendimientos del capital mobiliario de carácter negativo no deriva de la tributación por el sistema de imputación, sino de la propia naturaleza de la operación concernida, en la que el tomador asume el riesgo de la inversión, si bien dicha posibilidad se acrece en virtud de la imputación de rentas. En efecto, aun sin mediar imputación de rentas, el rendimiento del capital mobiliario sería negativo cuando el importe de las minusvalías relativas a los activos afectos a la póliza en el momento de la prestación excediere del importe de las rentas acumuladas derivadas de los mismos.

Es posible, igualmente, que el sistema de imputación determine en algunos períodos impositivos rendimientos de carácter negativo. Esto sucederá cuando las minusvalías latentes de los elementos patrimoniales afectos a la póliza generadas en el período impositivo excedan de las rentas generadas por los mismos en dicho período.

La segunda característica del régimen fiscal que venimos examinando es que tanto los rendimientos sometidos a imputación como el rendimiento o rendimientos que pudieran generarse con ocasión de las prestaciones no tendrán derecho a la aplicación de las reducciones previstas en la letra b) del apartado 2 del artículo 24 de la Ley 40/1998. Así lo establece de manera inequívoca el apartado 3 del referido artículo 24, de manera muy coherente, ya que la reducción sólo se aplica cuando la prestación se percibe bajo la forma de capital y la tributación por el sistema de imputación transforma, a efectos fiscales, una prestación de tal naturaleza en prestaciones teóricas bajo la forma de rentas imputadas. De esta manera la exclusión de la reducción se configura como una consecuencia lógica de la tributación por el sistema de imputación, pero no es superflua la norma que así lo establece porque la tributación por dicho sistema no empece que la prestación se pueda percibir bajo la forma de capital.

¿Habrà algún contrato de seguro de vida al que se le aplique tan exigente fiscalidad? No lo creemos, porque cuando los contratos de seguro de vida en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión reúnan las características y requisitos que seguidamente se examinan, se abre paso una fiscalidad privilegiada que pivota sobre el diferimiento en la integración en la base imponible de las rentas que generan los activos afectos a la póliza y, además, cuando la prestación se perciba bajo la forma de capital, serán de aplicación los porcentajes reductores del artículo 24.2.b) de la Ley 40/1998.

1.2.2. Contratos que cumplen determinadas características y requisitos.

El nuevo apartado 3 del artículo 24 de la Ley 40/1998, ha establecido dos características o requisitos que deben cumplir los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión para que a las rentas derivadas de los mismos les sea aplicable el régimen privilegiado que, para este tipo de rentas, ha establecido la Ley 40/1998:

- Naturaleza de los elementos patrimoniales en los que debe invertirse la provisión matemática.
- Limitación de las facultades del tomador en relación con las inversiones afectas a la póliza.

1.2.2.1. Inversión de la provisión matemática.

Las provisiones técnicas de las compañías de seguros deben materializarse en los elementos patrimoniales descritos en el artículo 50 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Pues bien, como se verá seguidamente, los requisitos que en relación con la inversión de la provisión matemática de los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión impone el nuevo apartado 3 del artículo 24 de la Ley 40/1998, no representan otra cosa que especificaciones dentro del conjunto de los elementos patrimoniales aptos según la normativa del seguro.

El referido artículo 24.3 determina dos grupos de elementos patrimoniales:

- Acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.
- Conjunto de activos que cumplan determinados requisitos, estando cada conjunto de activos integrado por elementos patrimoniales determinados.

a) Acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.

Las acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva deben serlo de:

- Instituciones de inversión colectiva adaptadas a la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva.
- Instituciones de inversión colectiva amparadas por la Directiva 85/611/CEE del Consejo de 20 de diciembre.

Este tipo de elementos patrimoniales pertenece al conjunto de los declarados aptos para formar parte de las provisiones matemáticas por el artículo 50.5 del Real Decreto 2486/1998, que se refiere a las «Acciones y participaciones en instituciones de inversión colectiva... establecidas... en el espacio económico europeo y sometidas a coordinación de conformidad con la Directiva 85/611/CEE».

b) Conjunto de activos que cumplen determinados requisitos.

Dos son los requisitos. Uno se refiere a la facultad de determinar los elementos patrimoniales que pueden formar parte de cada conjunto de activos, y otro a la naturaleza misma de los elementos patrimoniales.

Por lo que se refiere al primer requisito, esto es, la facultad de determinación de los elementos patrimoniales, dicha facultad debe corresponder, en exclusiva, a la entidad aseguradora. Puede, sin embargo, la entidad aseguradora definir varios conjuntos de activos en los cuales podrá invertir la provisión matemática, correspondiendo al tomador la facultad de elegir uno o varios, pero no puede este último «...intervenir en la determinación de los activos concretos en los que, dentro de cada conjunto separado, se inviertan tales provisiones...».

Podemos sintetizar el requisito de la facultad de determinación de los elementos patrimoniales en los que se invertirá la provisión matemática, diciendo que corresponde a la compañía de seguros definir los conjuntos de activos concretando los elementos patrimoniales que habrán de integrarse en los mismos, y al tomador la facultad de elegir entre los diversos conjuntos previamente definidos por la referida compañía. Así pues, la facultad de determinar los elementos patrimoniales en los que debe invertirse la provisión matemática se halla dividida entre la compañía de seguros y el tomador, ya que a aquélla le compete formar los conjuntos de activos y a éste elegir entre los mismos.

Por lo que se refiere al segundo requisito, es decir, el relativo a los elementos patrimoniales que pueden formar parte de cada conjunto de activos, dichos elementos patrimoniales son todos los establecidos como aptos para formar parte de la inversión de las provisiones técnicas por el artículo 50 del Real Decreto 2486/1998, «...con excepción de los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios...». Además, las inversiones de cada conjunto de activos «...deberá cumplir los límites de diversificación y dispersión establecidos... por la Ley 30/1995... y ...por el Real Decreto 2486/1998...». Debe observarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54 del Real Decreto 2486/1998, los límites de diversificación y dispersión no son exigibles, a efectos de la normativa de seguros, en los contratos de seguros en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión. Sin embargo, para disfrutar del régimen fiscalmente privilegiado dichos límites sí deberán cumplirse.

1.2.2.2. Facultad de modificación y de elección de las inversiones afectas a la póliza.

Como ya quedó apuntado anteriormente, el segundo requisito o característica que abre paso al régimen tributario privilegiado consiste en que el tomador no tenga «...la facultad de modificar las inversiones afectas a la póliza...».

La norma no precisa lo que debe entenderse por inversiones afectas a la póliza, de manera tal que caben dos interpretaciones:

- Las inversiones que, en cada momento, constituyen la materialización de la provisión matemática.
- Las inversiones que, en cada momento, potencialmente pueden constituir la materialización de la provisión matemática, considerando lo establecido en las cláusulas contractuales.

Desde luego, en los contratos en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, la práctica habitual, cristalizada en las cláusulas del contrato, es que el tomador pueda solicitar al asegurador, cuantas veces quiera a lo largo de la vida de la relación contractual, modificaciones en las inversiones afectas a la póliza, indicándole, por ejemplo, que determinadas cantidades deben pasar de un fondo a otro.

Esta práctica habitual inclina a interpretar el requisito de que el tomador no disponga de la «...facultad de modificar las inversiones afectas a la póliza...», como la imposibilidad jurídica de que el tomador pueda ejercitar la facultad de modificación de las inversiones fuera del marco contractualmente establecido, de manera tal que el tomador tendría la facultad de modificar las inversiones pero sólo dentro de las instituciones de inversión colectiva o conjuntos separados de activos contractualmente previstos. Ayuda a sostener esta interpretación que el penúltimo párrafo del nuevo apartado 3 del artículo 24 prevé que «...el tomador o el asegurado podrán elegir entre un número limitado de instituciones de inversión colectiva o conjuntos separados de activos expresamente designados en los contratos, en ningún caso superior a 10, sin que puedan producirse especificaciones singulares para cada tomador o asegurado».

No debe ocultarse, sin embargo, que el tenor literal de la norma podría amparar la interpretación más restrictiva, a cuyo tenor, una vez efectuada la elección por parte del tomador, el mismo ya no podría modificar la composición de las inversiones afectas a la póliza. Tampoco parece que, en tal caso, la compañía aseguradora podría, por su sola decisión, modificar la composición de las inversiones, no ya por motivos fiscales sino contractuales. Tal vez sí podría hacerlo contando con la autorización del tomador, pero es obvio que en la realidad sería imposible distinguir dicha situación de aquella en la que el tomador tiene la facultad de modificación de las inversiones.

Es prudente, por tanto, estar a lo que establezca la doctrina administrativa.

Lo que no es dudoso es que el tomador tiene la facultad de elegir la materialización del saldo de la provisión matemática, si bien dicha facultad está sometida a ciertas restricciones que ya hemos apuntado anteriormente y que seguidamente sistematizamos:

- Corresponde a la compañía de seguros definir las inversiones de la provisión matemática. Dicha definición debe consistir en instituciones de inversión colectiva y conjuntos separados de activos, no pudiendo en total exceder de 10 tomando en consideración unas y otros.
- Corresponde a la compañía de seguros designar, en los contratos que ofrece al público, las instituciones de inversión colectiva y los elementos patrimoniales que integran cada conjunto separado de activos. Esta designación debe ser homogénea para cada clase de contratos, sin que puedan designarse instituciones de inversión colectiva o conjuntos separados de activos para cada tomador o asegurado.
- Corresponde al tomador elegir entre las diferentes inversiones de la provisión matemática que constan en el contrato de seguro, pero no puede determinar los elementos patrimoniales que han de formar parte de cada conjunto separado de activos.
- No está claro si, una vez efectuada la elección inicial, puede el tomador modificar la composición de las inversiones afectas a la póliza, o si, por el contrario, debe atenerse a aquella. Sí es claro, sin embargo, que caso de ser procedente la facultad de modificar la composición de la inversión, la elección modificadora debe limitarse a las designaciones contenidas en el contrato. Tampoco está claro si en el supuesto de que el tomador no pueda modificar la composición de las inversiones afectas sí pueda hacerlo la compañía de seguros, aunque sí parece claro, por el contrario, que la compañía de seguros deberá ejercitar la facultad de modificación entre las inversiones designadas en el contrato. Por nuestra parte, entendemos que la interpretación más acorde con la naturaleza y función económica de las operaciones *unit linked*, consiste en entender que el tomador del seguro puede modificar la composición de su inversión, pero dentro de los conjuntos de activos designados en el contrato, sin que pueda, durante la vigencia del mismo, incorporar nuevos conjuntos ni eliminar los inicialmente establecidos.

1.3. Valoración del régimen fiscal de los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión.

Son muchas, y muy importantes, las cuestiones que suscita el régimen de los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión. Sin embargo, todas estas cuestiones pueden ser agrupadas en torno a dos interrogaciones: ¿Era necesaria la modificación introducida en los artículos 14 y 24 de la Ley 40/1998 para que el régimen fiscal de este tipo de contratos de seguro fuera el previsto para los restantes contratos de seguro de vida? ¿Es coherente el régimen fiscal de este tipo de contratos con los principios en los que proclama asentarse la Ley 40/1998?

1.3.1. La necesidad de la modificación.

Para responder a la primera pregunta es, a su vez, necesario plantear y resolver otra interrogación: ¿Es el contrato de seguro en el que el tomador asume el riesgo de la inversión un verdadero contrato de seguro de vida? Si la respuesta es positiva la modificación que venimos comentando no era necesaria para extender a este tipo de contratos el régimen fiscal previsto en los artículos 23.3 y 24.2 de la Ley 40/1998 para las rentas derivadas de los contratos de seguro de vida, en cuyo caso la referida modificación implica, solamente, la imposición de unas condiciones o requisitos que, en lo esencial, tratarían de evitar que la fiscalidad privilegiada del seguro se aplicase a operaciones que canalicen, pura y simplemente, la gestión de patrimonios. Si la respuesta es negativa la modificación en cuestión implica, pura y simplemente, la extensión del régimen fiscal privilegiado de las rentas del contrato de seguro de vida a las rentas derivadas de otros contratos. Por tanto, para calibrar el verdadero sentido del nuevo apartado 3 del artículo 24 es preciso resolver un problema que hunde sus raíces en el Derecho del Seguro.

El artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, define el contrato de seguro como «...aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». La existencia del riesgo, para cuya cobertura se realiza el contrato, se destaca de esta manera como un elemento esencial del mismo. Con ello la Ley del Contrato de Seguro recoge y positiviza una muy larga tradición doctrinal de la que puede ser muestra cualificada el concepto de contrato de seguro ofrecido por GARRIGUES, para quien «...seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona -el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a cubrir la necesidad pecuniaria sentida por la otra parte -a consecuencia de ese riesgo determinado en el contrato», y apostilla GARRIGUES que «...lo característico del contrato de seguro es el desplazamiento de un riesgo mediante el pago de un precio...»¹. Más recientemente BROSETA PONT, a la vista de la vigente Ley del Contrato de Seguro, afirma que «...en todo seguro la cobertura o garantía del asegurador se presta por la existencia de un riesgo... el riesgo es de tal modo esencial al contrato que sin riesgo no puede haber seguro, pues el contrato carecería de causa...»².

No obstante lo expuesto, la disposición adicional primera.2.A.a) de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, entiende que forman parte de los seguros de vida los contratos «...vinculados con fondos de inversión». ¿Abre esta disposición la puerta a los contratos de seguro en los que no existe riesgo?

¹ *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, pág. 256.

² *Manual de Derecho Mercantil*, pág. 501.

Para dar cabal respuesta a esta pregunta debemos partir de la diversa significación de la Ley del Contrato de Seguro y de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, puesta de manifiesto por la doctrina. La primera regula el contrato de seguro en sí mismo, es decir, las relaciones jurídicas que se establecen entre el asegurado y el asegurador por haber estipulado un contrato de seguro. La segunda regula el régimen de la actividad del seguro y otras operaciones afines. Por tanto el concepto de contrato de seguro de vida ha de buscarse en la primera y no en la segunda. Nótese que no puede haber conflicto entre ambas leyes ya que su objeto es diferente, de manera tal que no sería correcto entender que la Ley 30/1995 habría venido a ampliar el concepto de seguro de vida, admitiendo dentro del mismo a contratos sin riesgo. La Ley 30/1995 se ocupa perfectamente de delimitar su objeto: la ordenación y supervisión del seguro privado y demás operaciones enumeradas en el artículo 3 (artículo 1 Ley 30/1995). Y el artículo 3 de la referida Ley 30/1995 circunscribe su ámbito objetivo a las «...actividades del seguro... operaciones de capitalización... operaciones preparatorias o complementarias de las del seguro o capitalización... de prevención de daños...», de forma tal que es la actividad económica del seguro y de las operaciones conexas con el mismo y no el contrato de seguro propiamente dicho el objeto regulado por aquella ley.

En consecuencia, no es correcto entender que el último inciso de la letra a) del apartado 2.A de la disposición adicional primera de la Ley 30/1995 ha venido a admitir la existencia de contratos de seguro sobre la vida sin riesgo asumido por la entidad aseguradora.

Es lo cierto, sin embargo, que el artículo 37 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados se refiere al seguro de vida «...cuando el tomador asume el riesgo de la inversión...», y que también se refiere a este contrato el Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras. ¿Debemos entender que en virtud de ambas normas reglamentarias el elemento riesgo no es consustancial al contrato de seguro de vida, de forma tal que puede existir el mismo cuando la compañía de seguros no asume ningún riesgo?

Una vez más la respuesta debe ser negativa. Nótese, en primer lugar, que ambas normas reglamentarias se dictan en desarrollo de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, cuya relación con la Ley del Contrato de Seguro hemos expuesto anteriormente, y, en segundo lugar, que su objeto no es regular las relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, sino tutelar el correcto cumplimiento de las mismas a través de la imposición a la compañía de seguros de la obligación de constituir una provisión técnica, de naturaleza peculiar, en relación con este tipo de contrato. Obsérvese, por tanto, que dichas normas reglamentarias, por el objeto a que sirven, no pueden entrar en conflicto con la Ley del Contrato de Seguro, del mismo modo que, como antes se expuso, tampoco puede haber conflicto entre dicha ley y la Ley de Ordenación del Seguro Privado.

Cuando el artículo 37 del Real Decreto 2486/1998 se refiere al seguro de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión lo hace para anudar a estos contratos una provisión técnica específica, pero de ello no debe inferirse que la Ley 30/1995, de la que es desarrollo el referido artículo, contiene una modificación implícita del artículo 1 de la Ley 50/1980 en el sentido derogatorio del

elemento riesgo en el contrato de seguro de vida. Ni la Ley 30/1995, ni su reglamento modifican el concepto de seguro de vida contenido en el artículo 1 de la Ley 50/1980, limitándose a establecer una provisión técnica específica para la figura contractual carente de riesgo para la compañía aseguradora. Podrá, tal vez, criticarse que la norma reglamentaria haya incurrido en una terminología imperfecta, pero no extraerse de esa imperfección la conclusión de que, en el seguro de vida, el riesgo ha dejado de ser la causa del contrato. Podrá, ciertamente, celebrarse este tipo de contrato, podrá, incluso, formar parte del ramo de vida, como también lo hacen otras operaciones que no son seguros de vida (capitalización, gestión de fondos colectivos de jubilación, gestión de operaciones tontinas...), pero ese contrato no será un contrato de seguro de vida porque el artículo 1 de la Ley 50/1980 incorpora el riesgo como un elemento esencial del contrato de seguro.

También es cierto que en determinadas normas de Derecho comunitario derivado se hace mención al seguro de vida cuando el riesgo de la inversión lo asumen los suscriptores. ¿Abren la puerta estas normas a la existencia de contratos de seguro de vida sin riesgo asumido por la compañía de seguros?

Conviene precisar, ante todo, que las tres directivas que se refieren al seguro de vida, a saber, 79/267/CEE, 90/619/CEE y 92/96/CEE, no tienen por objeto el contrato de seguro de vida, sino la actividad económica del seguro de vida y operaciones conexas. En este sentido el considerando 19 de la Directiva 92/96/CEE precisa que «...la armonización del contrato de seguro no es una condición previa para la realización del mercado interior de los seguros...». Tampoco tiene por objeto el contrato de seguro de vida la Directiva 91/674/CEE sobre cuentas anuales y cuentas consolidadas de las compañías de seguros.

El Anexo de la Directiva 79/267/CEE califica como operación del ramo de vida a «los seguros previstos en las letras a) y b) del punto 1 del artículo 1, que estén vinculados con fondos de inversión» y el artículo 23 de la Directiva 92/96/CEE se refiere a las provisiones técnicas de los contratos -que no califica como seguros- en los que «...las prestaciones estipuladas... estén directamente vinculadas al valor de las participaciones en un OICVM o al valor de los activos contenidos en un fondo interno en posesión de la empresa de seguros...». Es en la Directiva 91/674/CEE, donde se utiliza de manera abierta la noción de seguros de vida en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión. Así, la letra D, del activo, recogerá las «Inversiones por cuenta de los suscriptores de pólizas de seguros de vida que asuman el riesgo de la inversión» y la letra D, del pasivo, las «Provisiones técnicas relativas al seguro de vida cuando el riesgo de inversión financiera lo asumen los perceptores».

¿Es correcto, en base a las normas comunitarias mencionadas, entender que el artículo 1 de la Ley 50/1980 sufre una excepción, por lo que se refiere al elemento de riesgo, respecto del contrato de seguro de vida? A nuestro modo de ver la respuesta debe ser negativa. Sencillamente porque la materia regulada por las citadas directivas, tanto las tres del seguro de vida como la contable, no es el contrato de seguro de vida, sino la actividad del seguro de vida, lo cual es bien diferente. Ya hemos aludido anteriormente a la certera distinción trazada por el considerando 19 de la Directiva 92/96/CEE,

y ahora, a mayor abundamiento y en el mismo sentido y línea argumental cabe recordar que el artículo 1 de la Directiva 79/267/CEE circunscribe su campo de aplicación «...al acceso a la actividad por cuenta propia del seguro directo... y su ejercicio para las actividades...», y que la Directiva 90/619/CEE simplemente completa a esta última.

Toda la argumentación precedente nos lleva a la conclusión de que las referencias de la Ley 30/1995 al seguro de vida vinculado a instituciones de inversión colectiva, las del Real Decreto 2014/1997 y las del Real Decreto 2486/1998 a las provisiones técnicas de los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de inversión, las de las tres directivas del seguro de vida -79/267/CEE, 90/619/CEE y 92/96/CEE- a los contratos cuyas prestaciones se vinculan al valor de las participaciones de instituciones de inversión colectiva, y, finalmente, las de la Directiva 91/674/CEE a las inversiones y provisiones técnicas de los seguros de vida en los que el riesgo de la inversión se asume por los suscriptores, no entran en conflicto con lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 50/1980, ya que regulan materias diferentes. No es cuestión de debatir respecto de la eficacia derogatoria de la ley posterior, ni respecto del valor prevalente del Derecho comunitario. Simplemente no hay conflicto porque las normas concernidas divergen por razón de materia. La Ley 50/1980 regula el contrato de seguro, la Ley 30/1995 y el Real Decreto 2186/1998 la actividad del seguro, el Real Decreto 2014/1997 y la Directiva 91/674/CEE la contabilidad de la actividad empresarial del seguro, y las tres directivas del seguro de vida el acceso a la actividad del seguro y las condiciones de su ejercicio.

Ahora podemos responder a la interrogación inicial. Así, desde el punto de vista de la calificación que del contrato ha de realizarse desde la perspectiva de la regulación sustantiva, es decir, desde el entramado normativo del Derecho del Seguro contenido, básicamente, en la Ley 50/1980, no es correcto calificar como seguro a un contrato en el que el elemento riesgo no existe, sin perjuicio de su validez y fuerza vinculante para ambas partes. Sin embargo, desde la perspectiva de la regulación de la intervención administrativa en la actividad aseguradora y, más señaladamente, en el ámbito de la normativa contable, la denominación de seguro para este tipo de contratos se halla ampliamente aceptada. No hay, aunque pudiera parecer lo contrario, oposición ni conflicto entre lo que podríamos denominar el Derecho privado del Seguro (Ley 50/1980) y el Derecho público del Seguro (Ley 30/1995), porque los objetivos de una y otra esfera normativa son diferentes, aunque, tal vez, hubiere sido más correcto no utilizar el término seguro por parte de la normativa de intervención y contable para aquello que, sustantivamente, no lo es. ¿Cuál es la normativa que debe aplicarse a los efectos de calificar el contrato? Es claro que si un negocio jurídico debe ser calificado, como así es, por la naturaleza de las relaciones jurídicas, de los recíprocos derechos y obligaciones que hace nacer entre las partes, no parece dudoso que habrá de estarse a la norma que regula y ampara tales relaciones jurídicas, y ésta no es otra que la Ley 50/1980, de donde se sigue que los contratos en los que el tomador asume el riesgo no pueden ser calificados como seguros. De esta conclusión se desprende que la redacción original de la Ley 40/1998, relativa al contrato de seguro de vida no era aplicable a los contratos en los que el tomador asumía el riesgo de la inversión, y también que la modificación introducida en los artículos 14 y 24 de la misma por la Ley 55/1999, ha supuesto la extensión del régimen fiscal privilegiado del contrato de seguro de vida a contratos que no son auténticos seguros de vida.

Somos conscientes que nuestra conclusión no es la que podríamos denominar más extendida, ni tampoco la que mejor se adecua a la doctrina administrativa. En efecto, en una contestación a consulta de fecha 30 de julio de 1999 se afirma que «...la normativa reguladora de la actividad aseguradora permite que, en determinados contratos de seguro, el riesgo de la inversión sea asumido por el tomador. En tales supuestos se efectúa una flexibilización de los requisitos generales establecidos en la normativa reguladora de los seguros en materia de tipos de interés garantizados, inversión de las provisiones técnicas y cobertura del margen de solvencia. Pese a dicha flexibilización tales operaciones se configuran como operaciones de seguro y desde esta perspectiva debe analizarse su régimen fiscal...». A partir de esta base, la contestación desgrana el régimen fiscal propio de los contratos de seguro.

A nuestro modo de ver el párrafo parcialmente transcrito, que resulta clave para la resolución del asunto, es impecable. El error está en que contempla y califica al contrato desde «la normativa reguladora de la actividad aseguradora», siendo así que la calificación hubiera debido hacerse en base a la normativa reguladora del contrato de seguro. En definitiva, a nuestro modo de ver, la contestación no ha superado con éxito el estadio previo a toda interpretación, a saber, la indagación de la norma aplicable.

La modificación introducida en los artículos 24 y 14 de la Ley 55/1999 deja las cosas claras: el régimen fiscal del seguro de vida se aplicará también a aquellos contratos, que ahora la norma fiscal denomina contratos de seguro de vida, en los que el tomador asume el riesgo de la inversión. Por lo tanto podemos concluir que la modificación era necesaria para aplicar el régimen fiscal privilegiado de los contratos de seguro de vida a aquellos en los que el tomador asume el riesgo de la inversión.

1.3.2. La coherencia de la modificación con los principios que rigen la Ley 40/1998.

Destaca en la Ley 40/1998 una marcada preocupación por explicitar los principios en los que pretende fundamentar su normativa. Así, en el artículo 1 se afirma que se gravará la renta «...según los principios de igualdad, generalidad y progresividad...», en el artículo 2.2 que se gravará «...la capacidad económica del contribuyente, entendida esta como su renta disponible...» y en el artículo 15.1 que la base imponible «...estará constituida por el importe de la renta disponible del contribuyente, expresión de su capacidad económica».

Es un acierto incontestable de la Ley 40/1998, asociar la capacidad económica a la renta disponible. Aquella renta de la que el sujeto pasivo puede disponer es demostrativa de capacidad económica y, por lo tanto, debe integrarse en la base imponible. La cuestión, por tanto, en el caso que nos ocupa, es determinar cuándo es disponible la renta que se genera como consecuencia de los contratos de seguro de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión. El legislador ha dado la respuesta: como regla general la renta se genera ejercicio a ejercicio, puesto que se integra en la base imponible la «...diferencia entre el valor liquidativo de los activos afectos a la póliza al final y al comienzo del período impositivo...» [nueva letra h) del art. 14.2 de la Ley 40/1998], y como regla especial, cuando se cumplen ciertos requisitos que atañen a la composición de las inversio-

nes, cuando se pagan las prestaciones o se rescata la póliza (nuevo apartado 3 del art. 24 de la Ley 40/1998). Ahora bien, no se comprende por qué si, por ejemplo, el número de instituciones de inversión colectiva designadas en el contrato es 10 o menos la renta no es disponible y si es más de 10 sí lo es. La frontera entre la renta disponible y la que no lo es no está, desde el punto de vista de la lógica, en esa nimiedad. La renta es disponible cuando, habiéndose generado, el contribuyente puede, por su sola decisión, incorporar a su patrimonio los elementos en los que se materializa la misma. Bajo este criterio la renta es igualmente disponible o indisponible en un contrato con 7 ó 17 fondos designados.

La esencia de la operación denominada contrato de seguro de vida en la que el tomador asume el riesgo de la inversión, determina que las rentas generadas por las primas pagadas sean disponibles para el tomador desde el momento en que el mismo puede ejercitar el derecho de rescate, con independencia de la naturaleza de los elementos patrimoniales productores de dichas rentas. Lo importante, en orden a la disponibilidad, no es la composición de la inversión, sino la generación de la renta y la posibilidad jurídica de disfrutar de la misma.

En este tipo de contratos la renta que se genera se acumula a la inversión inicial y la provisión técnica correspondiente se dota para cubrir el importe de ambas, de manera tal que la compañía de seguros, en esencia, está reconociendo un pasivo a favor del tomador del seguro, que el mismo podrá exigir desde el momento en que pueda ejercitar el derecho de rescate, por el importe de la inversión inicial y las rentas acumuladas. ¿Qué diferencia hay entre los efectos prácticos de este contrato y aquel por el que se concierta la gestión de un patrimonio? Formales podemos encontrar muchas, sustantivas muy pocas. La cuestión es si el edificio de la fiscalidad debe hundir sus raíces en las formas o en las sustancias. No se trata, ciertamente, de desconocer la diversidad contractual, de hacer tabla rasa de las características y efectos de los diferentes negocios jurídicos y descansar en el justamente denostado «economicismo». Se trata, por el contrario, de hacer tributar bajo criterios de igualdad las rentas generadas cualquiera que sea el negocio jurídico a través del cual pueden hacerse disponibles.

La modificación introducida en los artículos 14 y 24 de la Ley 40/1998, extendiendo la fiscalidad privilegiada de los contratos de seguro de vida a aquellos en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, permitirá:

- Que las rentas de la inversión, generadas en cada ejercicio, no tributen hasta el momento en que se pague la prestación o se ejercite el rescate, aunque sean disponibles desde el momento en que, ya generadas, puedan hacerse efectivas a través del ejercicio del derecho de rescate.
- Que, una vez transcurridos los períodos de tiempo legalmente establecidos, en particular doce años, el importe de la renta no tribute, de hecho, por la escala progresiva, sino que debido a la aplicación del porcentaje reductor del 70 por 100, lo haga al tipo proporcional máximo del 14,4 por 100 [0,48 x 0,3], de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.2.b) de la Ley 40/1998.

Como antes quedó expuesto, la redacción del nuevo apartado 3 del artículo 24 de la Ley 40/1998 suscita la duda de si es posible modificar la composición de la inversión a lo largo de la vida del contrato dentro de los distintos conjuntos separados de activos designados en el contrato. Si fuere posible, las ganancias o pérdidas derivadas de la variación en la composición de las inversiones se acumularían a las rentas ordinarias de la inversión. En tal caso, las normas de integración y compensación de rentas de los artículos 38 y 39 de la Ley 40/1998, quedarían, desde una perspectiva sustancial, marginadas.

De ser acertado nuestro análisis, la fiscalidad de las operaciones *unit linked* vendría a ser una especie de régimen especial para las rentas del capital derivadas de las mismas, que se caracterizaría por marginar el principio de renta disponible, dando paso a un diferimiento de la tributación, marginar el principio de progresividad, dando paso a una tributación proporcional y a tipo reducido, y, finalmente, marginar las normas sobre integración y compensación de rentas, dando paso a la plena compensación de dividendos, intereses, plusvalías a corto y largo plazo, con minusvalías a corto y largo plazo.

¿Violenta, todo ello, el principio de capacidad económica? La respuesta depende de la magnitud que se entienda demostrativa de la capacidad económica. Si lo es la renta extensiva, la respuesta debe ser afirmativa. Si, por el contrario, lo es la renta consumida la respuesta debe ser negativa.

Si al referido régimen fiscal unimos el atractivo financiero del producto y la gestión cualificada de las compañías de seguros, es de esperar que, al menos los grandes y medianos ahorradores habrán de ser muy sensibles a este producto financiero. El camino hacia la tributación por la renta consumida queda expedito para los grandes y medianos ahorradores. Desde esta consideración, el nuevo apartado 3 del artículo 24 de la Ley 40/1998, es, probablemente, una de las normas más trascendentales de nuestro sistema fiscal.

2. Rentas irregulares del trabajo personal.

2.1. Normas modificadas.

La difusión pública de las posibles ganancias a obtener por un conjunto de directivos de un destacado grupo de empresas ha motivado la fulminante reacción del legislador en los ámbitos mercantil y fiscal.

En el ámbito mercantil:

- Modificación del artículo 53 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, e incorporación de una disposición adicional a la misma, al objeto de someter al régimen de información y publicidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a las operaciones sobre derechos de opción sobre acciones de la propia sociedad.

- Incorporación de una nueva disposición adicional al TRLSA, al objeto de que el ejercicio y la enajenación de los derechos de opción sobre acciones propias, concedidos antes del día 1 de enero del año 2000 en favor de administradores, directores generales y asimilados, deba ser aprobado por la junta general de accionistas.
- Incorporación de una nueva disposición adicional al TRLSA, al objeto de que las retribuciones del trabajo personal consistentes en la entrega de acciones propias de sociedades cotizadas o de derechos de opción sobre las mismas a directores generales y asimilados requiera la previa aprobación de la junta general de accionistas con relación individualizada de perceptores.

Late en el conjunto de las nuevas normas el objetivo de hacer diáfanos unos sistemas retributivos que, al depender de la evolución de las cotizaciones, puedan deparar cuantiosas sumas a los beneficiarios de los mismos, de manera tal que apenas transcurrido un año desde la profunda modificación introducida en la Ley del Mercado de Valores y en el TRLSA por la Ley 37/1998, ambas leyes son objeto de una nueva modificación que contribuye a su perfeccionamiento.

En el ámbito fiscal:

- Modificación de la letra a) del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al objeto de excluir del porcentaje reductor de rentas irregulares a todos los rendimientos del trabajo personal que superan una determinada cantidad.
- Establecimiento de una disposición transitoria cuyo objeto es determinar los rendimientos del trabajo personal que estarán sometidos a las nuevas previsiones y, por exclusión, aquellos otros que lo estarán a las originales.

2.2. Contenido de la modificación fiscal.

La modificación se ha materializado a través de la nueva redacción del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, que reproduce los dos párrafos de que constaba la redacción original y añade otros dos.

La esencia de la nueva regulación consiste en limitar la cuantía del rendimiento irregular del trabajo personal respecto de la que se aplicará el porcentaje reductor de manera 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 del rendimiento. A estos efectos, cuando se trate de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo se tomarán cinco años».

Puede apreciarse que el nuevo mandato legal tiene por objeto excluir de la aplicación del porcentaje reductor a las rentas irregulares que exceden de un determinado límite.

2.2.1. Rentas afectadas.

El límite afecta a la totalidad de los rendimientos irregulares del trabajo personal, a excepción de los que disfrutan de un porcentaje de reducción especial, es decir, de los rendimientos a que se refiere el artículo 16.2.a) de la Ley 40/1998. Se trata, como es sabido, de rendimientos diferidos del trabajo personal consistentes en prestaciones de previsión social, pública o privada. En particular, las prestaciones de los planes de pensiones y de los sistemas alternativos amparados en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, no quedan afectados por el límite.

Así pues, del conjunto de los rendimientos del trabajo personal, no quedan afectados los comprendidos en el artículo 16.2.a) de la Ley 40/1998, que son justamente todos aquellos a los que el artículo 17.2 de la Ley 40/1998, les otorga un porcentaje reductor especial más elevado que el general. ¿Por qué esta aparente discriminación? Son varios los argumentos, más o menos convincentes, que pueden aducirse. Tal vez el más importante consista en la propia naturaleza de este tipo de rentas, ya que, de una parte, se perciben cuando ocurren determinadas contingencias preestablecidas (jubilación, viudedad, orfandad...), y de otra, rara vez alcanzarán cuantías exorbitantes.

Dejando aparte los rendimientos anteriormente mencionados, los restantes rendimientos irregulares del trabajo personal quedan sujetos al límite. Por tanto no sólo aquellos rendimientos cuyo plazo de generación es igual o superior a dos años y no obtenidos de forma periódica o recurrente, sino también los obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. Estos últimos son los contenidos en el artículo 10 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ha sido, precisamente, en relación con este tipo de rendimientos que ha surgido una crítica a la modificación normativa bastante áspera, ya que la práctica totalidad de los mismos son indemnizaciones con origen en causas diversas, a excepción de los premios literarios, artísticos o científicos que no gozan de exención. Sin embargo, por regla general, tampoco los rendimientos del artículo 10 del Real Decreto 214/1999 alcanzarán una cuantía tal que el límite pueda irrogar perjuicios graves, y la misma reflexión cabe hacer en relación con las indemnizaciones por despido, ya que una parte de las mismas están exentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.e) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre.

Finalmente, cabe advertir que los rendimientos irregulares del capital y de las actividades económicas no están afectados por el límite, lo que también ha sido objeto de crítica, ya que, por ejemplo, se ha puesto de relieve que no parece correcto someter al límite las cantidades satisfechas por las empresas a los trabajadores a causa de la resolución por mutuo acuerdo de la relación laboral [artículo 10.1.f) del Real Decreto 214/1999] y no someter los importes obtenidos por el traspaso o cesión del contrato de arrendamiento de locales de negocio [artículo 14 Real Decreto 214/1999].

2.2.2. Determinación y aplicación del límite.

El límite es el resultado de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación del rendimiento. Tratándose de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo se tomarán cinco años.

La disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999 ha establecido el importe del salario medio anual, en relación con el período impositivo correspondiente al año 1999, en 2.500.000 pesetas. En lo sucesivo podrá establecerse el referido importe a través de una disposición reglamentaria, que deberá tomar en consideración «...las estadísticas del Impuesto sobre el conjunto de los contribuyentes en los tres años anteriores».

La determinación del importe del límite no parece ofrecer dificultades, aunque tal vez sea conveniente precisar reglamentariamente el valor que haya de darse a las fracciones. Tenemos un precedente en el Real Decreto-Ley 7/1996, el cual redondeó por exceso el tiempo de tenencia de los elementos patrimoniales a los efectos de determinar el porcentaje de reducción. Se trata de una cuestión secundaria que, además, probablemente no se ha de plantear con frecuencia dada la naturaleza de las rentas concernidas.

El límite se basa en una idea perfectamente definida: sólo deben tener derecho al porcentaje reductor las rentas irregulares del trabajo personal que, por relación a las rentas salariales del conjunto de los contribuyentes, puedan considerarse normales. Por el contrario, las rentas irregulares que, según dicha comparación, puedan considerarse exorbitantes, no deben tener derecho a la aplicación del porcentaje reductor respecto de aquella parte de las mismas que exceda la normalidad.

Nótese que no se produce el denominado «error de salto», porque el porcentaje reductor se aplica a aquella parte de la renta irregular que no excede del límite. El exceso no tendrá derecho al porcentaje reductor.

La idea en la que se sustenta el límite es clara, cuestión diferente es que sea o no acertada, y, en principio, su aplicación no ha de suscitar problemas técnicos. Algunas cuestiones, no obstante, tal vez merecieran un desarrollo reglamentario, además de la anteriormente apuntada de las fracciones de año.

En primer lugar, la concurrencia de varias rentas irregulares del trabajo personal en el mismo período impositivo, plantea la cuestión de si el límite debe aplicarse por cada rendimiento o para el conjunto de los mismos. A nuestro entender debe aplicarse por cada rendimiento, ya que todos y cada uno de los rendimientos irregulares están afectados por el exceso de progresividad derivado de la acumulación en un solo período impositivo de rentas generadas a lo largo de varios. Además, la concurrencia de varias rentas irregulares en un mismo período impositivo determina que el efecto del exceso de progresividad sea más agudo, de manera tal que no parece lógico aplicar el límite de mane-

ra conjunta, sino todo lo contrario. El límite debe aplicarse por cada rendimiento porque, de esta manera, el objetivo del porcentaje reductor de rentas irregulares se consigue plenamente, dejando aparte sus carencias técnicas que serán examinadas más adelante.

En segundo lugar, tenemos el fenómeno inverso, a saber, la distribución de una misma renta irregular en varios períodos impositivos. Este supuesto puede ser la reacción de los contribuyentes perceptores de rentas irregulares para eludir la aplicación del límite. Es decir, planificar la percepción de sus rentas irregulares de manera tal que se produzcan en diferentes períodos impositivos, aunque las citadas rentas irregulares procedan de una relación laboral o de prestación de servicios únicas. Así, una renta irregular de 100 millones generada en cinco años y exigible en un año determinado tendrá derecho a aplicar el porcentaje reductor sobre 12,5 millones, debiendo tributar el exceso íntegramente, pero si el mismo importe se transforma en cuatro rentas irregulares imputables en cuatro períodos impositivos diferentes, el porcentaje reductor se aplicará sobre 50 millones. Es difícil, en abstracto, determinar si tal supuesto implica un fraude de ley o una adaptación lícita de la percepción de rentas irregulares a la nueva regulación legal, como también lo es, por el mismo motivo, opinar respecto de la necesidad de un desarrollo reglamentario.

En tercer lugar, tratándose de administradores o personas que ejercen funciones directivas en los grupos de sociedades mercantiles, lo sean o no a su vez fiscales, es posible que perciban rendimientos del trabajo personal irregulares procedentes de dos o más sociedades del grupo. En este caso, considerando que el grupo mercantil es una unidad económica, sería conveniente referir el límite al conjunto de las rentas irregulares procedentes del mismo. La consideración del grupo de sociedades a los efectos de determinar la aplicación de un límite ciertamente añadiría complejidad, pero es una técnica que se utiliza frecuentemente, tanto a efectos fiscales como de otra naturaleza, ya que ello viene exigido por la realidad de los grupos de sociedades, formalmente integrados por entidades jurídicas independientes pero sustancialmente estructurados en base a relaciones de dependencia que lo configuran como una unidad económica.

2.2.3. Aplicación retroactiva del límite.

La disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999 establece que «La modificación introducida en el artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, por el artículo 1 de esta Ley, será aplicable a los rendimientos devengados desde el día uno de octubre de 1999...». Puesto que la norma se va a aplicar a rendimientos devengados antes de su entrada en vigor, tiene carácter retroactivo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la retroactividad de las normas fiscales. En la sentencia 182/1997 de 28 de octubre, el Tribunal Constitucional enjuicia un supuesto en cierto modo semejante al que nos ocupa, a saber, la elevación de la tarifa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas efectuada por el Real Decreto-Ley 5/1992, posteriormente tramitado como proyecto de ley por el procedimiento previsto en el artículo 86.3 de la

Constitución, fruto de lo cual fue la Ley 28/1992, cuyo artículo 2 reprodujo la elevación mencionada. Es la propia sentencia 182/1997, la que describe, antes de entrar en el fondo del asunto, la doctrina constitucional sobre la materia, que seguidamente extractamos:

- No existe una prohibición constitucional en materia fiscal, que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal y como está consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, ya que «...el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el artículo 9.3 de la Norma Suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales... No cabe considerar, pues, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que se refiere expresamente el citado artículo 9.3 CE, por cuanto tales normas no tienen por objeto una restricción de derechos individuales...».
- La no aplicación a las leyes tributarias de la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución no garantiza en todo caso su legitimidad constitucional, ya que la misma «...puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución... señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (art. 9.3)».
- El principio de seguridad jurídica no puede tener una eficacia tal que determine la congelación del ordenamiento jurídico existente, pero «...sí protege, en cambio la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad...». Y de aquí concluye el Tribunal Constitucional que «...determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto...».
- Es relevante la distinción entre «...la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio...». Esta distinción, todavía más matizada, procede de la doctrina civil, que distingue entre retroactividad de grado máximo, medio y mínimo, según que la nueva ley se aplique a todos los efectos de una relación jurídica nacida al amparo de la ley anterior, sólo a los no consumados o sólo a los nacidos bajo el imperio de la nueva ley.

Para el Tribunal Constitucional, la retroactividad de grado máximo, «...que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas» está, en principio, viciada de inconstitucionalidad y solamente «...exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica...». Por el contrario, tratándose de retroactividad de grado medio o impropia «...que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas...» la legitimidad constitucional de la disposición depende «...de una ponderación de bienes llevada a cabo caso

por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que puedan conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de precisibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares...».

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal Constitucional enjuició al artículo 2 de la Ley 28/1992, desde una doble perspectiva: grado de retroactividad y circunstancias específicas que concurrían, en particular, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Seguidamente exponemos los elementos básicos de la argumentación del Tribunal Constitucional y los trasladaremos al supuesto que nos ocupa, esto es, la aplicación retroactiva de la nueva regulación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998.

Para el Tribunal Constitucional, el artículo 2 de la Ley 28/1992 no tiene un efecto retroactivo auténtico sino impropio, por las siguientes razones:

Porque tanto la Ley 28/1992, como el Real Decreto-Ley 5/1992 modifican las tarifas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en un momento en el que, aunque el período impositivo del impuesto está muy avanzado, aún no ha llegado a concluir. Por consiguiente regula efectos jurídicos de hechos imposables que todavía no se han realizado completamente. Debe tenerse en cuenta, para valorar adecuadamente el razonamiento de la sentencia, que la nueva tarifa establecida por el Real Decreto-Ley 5/1992 y posteriormente incorporada al artículo 2 de la Ley 28/1992, era de aplicación únicamente a los períodos impositivos finalizados con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/1992, de manera tal que la nueva tarifa se aplicaba a deudas tributarias todavía no devengadas en el momento de su establecimiento.

Así pues, el Tribunal Constitucional entiende que la norma enjuiciada no determina una retroactividad en sentido propio básicamente porque se aplica a hechos imposables todavía no devengados en el momento de su entrada en vigor, aunque sí otra de carácter impropio, en cuanto que la nueva tarifa afectará a hechos integrantes del hecho imponible que ya se han podido producir, y así será lo normal, antes de su entrada en vigor. La calificación de la retroactividad como impropia fue incluso compartida por A. RODRÍGUEZ BEREJO, que formuló un voto particular a la sentencia, al que se adherieron R. DE MENDIZÁBAL y ALLENDE y P. GARCÍA MANZANO, puesto que «...se atribuyen efectos jurídicos futuros a presupuestos de hecho todavía no realizados completamente en el momento de producirse el cambio normativo, dado que las percepciones de renta anteriores a dicho momento no serían sino elementos materiales integrantes de un hecho imponible duradero y unitario que consiste en la obtención de la renta global neta dentro de todo el período impositivo y que se entenderá realizado íntegramente el último día del mismo...».

En el caso de la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, la nueva norma se aplicará a hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, a los rendimientos irregulares del trabajo personal devengados desde el día 1 de octubre de 1999, que, por otra parte, contribuyen a determinar el importe de una deuda tributaria nacida el 31 de diciembre de 1999, esto es, anterior a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, ya que, de acuerdo con lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 55/1999, la misma, y por tanto

las modificaciones normativas que en ella se establecen, ha entrado en vigor el día 1 de enero de 1999. Es fácil advertir ante qué tipo de retroactividad estamos, pero también que no es comparable la retroactividad de una norma contenida en un Decreto-Ley, con la de una norma de carácter legal ya que el proceso de elaboración en el órgano legislativo garantiza su publicidad.

Una vez calificado el tipo de retroactividad de la norma enjuiciada, el Tribunal Constitucional constata que «...la seguridad jurídica de los sujetos pasivos del IRPF ha quedado afectada... Tal corolario, sin embargo, no implica automáticamente que deba ser declarada inconstitucional...». Y así fue, en efecto, porque el Tribunal Constitucional entendió que, en el caso enjuiciado, el principio de seguridad jurídica debía ceder ante «...claras exigencias de interés público que fundamentan la medida adoptada por la Ley 28/1992, aunque ésta tenga incidencia negativa sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos... ante la necesidad de responder al espectacular crecimiento del déficit público durante el primer semestre del ejercicio 1992... que afectaba gravemente al equilibrio de la Hacienda Pública del Estado y al cumplimiento de uno de los requisitos esenciales del Programa de Convergencia Económica... con vistas a alcanzar la Unión monetaria prevista en el Tratado de la Unión Europea...».

Los firmantes del voto particular, sin embargo, entendieron, por el contrario, que no existía razón suficiente que pudiera justificar el perjuicio que de la retroactividad impropia se derivaba para el principio de seguridad jurídica, y concluyeron que «...resulta constitucionalmente inaceptable que el artículo 2 de la Ley 28/1992, de 25 de noviembre, haya llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de las tarifas del IRPF que, por el momento del período impositivo en que fue adoptado, puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación...».

No es fácil aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional a la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, porque si bien es cierto que la justificación objetiva de la Ley 28/1992 aparecía perfectamente definida al estar vinculada a un compromiso o proyecto derivado de un tratado internacional, lo que no ocurre en el presente caso, también es cierto que la corrección de un efecto de exención parcial fruto de la norma modificada, que, presumiblemente, iba a favorecer a perceptores de rentas elevadas, puede hallar cobijo en la estela del principio de capacidad económica. Y también debemos considerar la menor entidad de la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, en relación con la modificación de la tarifa general del impuesto.

La dificultad de efectuar un pronóstico razonablemente consistente respecto de la constitucionalidad de la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, deriva la propia ambigüedad de la doctrina del Tribunal Constitucional, como, por otra parte, se pone de relieve por la propia existencia de un voto particular suscrito por tres magistrados, uno de ellos presidente, a la sazón, del tribunal. Porque, en efecto, en un elogiado afán de proteger el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional parece llegar a la conclusión de que, además de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, también las leyes tributarias podrán ser constitucionalmente ilegítimas dependiendo del grado de retroactividad y de las circunstancias del caso. Ahora bien, si el grado de retroactividad es una cuestión no siempre fácil de definir, menos lo parece el peso de las justificaciones sanadoras caso de presentarse la retroactividad, aun en grado impropio, y ello, ciertamente, no propicia la construcción de normas constitucionalmente correctas.

2.2.4. Aplicación del límite a los rendimientos derivados del ejercicio del derecho de opción de compra de acciones o participaciones.

El artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, califica como rendimiento del trabajo irregular, susceptible, por tanto, de disfrutar de la aplicación del porcentaje reductor a «...el derivado de la concesión del derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores, cuando sólo pueda ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión, si, además, no se concede anualmente».

Siendo las rentas derivadas del derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones de carácter irregular, con tal que sólo pueda ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión, es claro que el límite afectará a dichas rentas. Sin embargo el precepto reglamentario suscita una duda que, en relación con lo previsto en la disposición transitoria de la Ley 55/1999, tiene importancia. En efecto, como ya sabemos, la nueva redacción del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, «...será de aplicación a los rendimientos devengados desde el día uno de octubre de 1999...», de acuerdo con lo previsto en la referida disposición transitoria. La cuestión, por tanto, es cuándo se devengan las rentas derivadas de la concesión del derecho de opción de compra.

Tal y como está redactado el precepto parece que es el hecho de la concesión el que determina el devengo del rendimiento, que será irregular a condición de que sólo pueda ejercitarse transcurridos más de dos años desde el momento de la concesión. Caso de prevalecer esta interpretación, quedarían afectadas las opciones de compra concedidas a partir del día 1 de octubre de 1999.

Esta interpretación no nos parece acertada. En efecto, el artículo 14.1.a) de la Ley 40/1998, establece que «...los rendimientos del trabajo... se imputarán al período impositivo en el que sean exigibles por su perceptor...».

¿Cuándo son exigibles los rendimientos del trabajo personal que derivan de los derechos de opción de compra sobre acciones o participaciones? En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el rendimiento del trabajo personal existe cuando el titular de la opción puede obtener una ventaja de su ejercicio y dicha ventaja trae su causa de una relación jurídica preexistente de prestación de servicios determinantes de dichos rendimientos. Ahora bien, la ventaja económica sólo es exigible, y por tanto el rendimiento se devenga, cuando la opción de compra puede ejercitarse. Desde esta perspectiva la disposición transitoria afectaría a las opciones de compra ejercitadas a partir del día 1 de octubre de 1999, aunque hubieran sido concedidas con anterioridad. Un caso particular es el de aquellas opciones que pueden ejercitarse durante un plazo de tiempo determinado, de manera tal que el titular puede escoger el momento que estime más idóneo, dentro del mismo. A nuestro entender el rendimiento es exigible desde que la opción puede ejercitarse ventajosamente, aunque no se ejercite en espera de obtener una mayor ventaja, de manera tal que cuando se ejercite el exceso sobre la ventaja que podemos denominar inicial será una ganancia patrimonial y el déficit una pérdida patrimonial, ya que, en efecto, tales diferencias no derivan sino de una decisión especulativa.

2.2.5. La modificación del artículo 17.2.a) en el marco del tratamiento de las rentas irregulares.

No es posible valorar la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, si no es en el marco de la definición y del tratamiento técnico de las rentas irregulares establecido por la referida ley. ¿La nueva redacción del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998 contradice el sistema que para el tratamiento de las rentas irregulares se establece en la misma? ¿Lo perfecciona, sea porque profundiza en sus principios o porque mitiga sus defectos? ¿Es lógico que la modificación afecte sólo a los rendimientos del trabajo personal, aunque no a todos?

Para responder certeramente a estas cuestiones es preciso poner de relieve las líneas maestras del tratamiento que para las rentas irregulares ha establecido la Ley 40/1998, así como valorar si el mismo cumple aceptablemente con los objetivos que se asignan a las normas relativas a las rentas irregulares. Es a partir de dicha exposición y valoración cuando nos será posible extraer conclusiones consistentes en relación con la verdadera significación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998.

Como en tantas otras materias, volver la vista atrás para detenerla en el Informe Carter, así como en su principal divulgador en España, el *Tratado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, de GOTA LOSADA, depara valiosos argumentos y estimula la reflexión.

Con el norte puesto en el principio de igualdad como núcleo esencial y basamento de la justicia tributaria, el Informe Carter concluye que las rentas irregulares son merecedoras de un tratamiento especial. Ahora bien, determinar el régimen especial de las rentas irregulares no parecía tarea fácil, dado que, de una parte, la identificación de las mismas no es cuestión pacífica, y de otra, la técnica tributaria no había, a la sazón, propuesto un método consistente que gozara de general aceptación. Y así, tras analizar los regímenes en vigor en otros países en aquellos momentos y las diversas alternativas existentes, propone el método de nivelación periódica de la renta tomando como período aplicable cinco años. Este método, sin embargo, no era, para GOTA LOSADA, apropiado para las rentas irregulares de carácter no periódico, es decir, aquellas a las que la Ley 40/1998 denomina rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, proponiendo que las mismas tributaren por una tarifa especial.

Como es sabido, el artículo 27 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estableció un sistema de promediación, pero no de toda la renta, sino exclusivamente de la propia renta irregular, al objeto de que sólo la parte imputable al período impositivo en el que se obtenía tuviera influencia sobre el gravamen de la renta ordinaria y de la parte restante de renta irregular. Este sistema adolecía de un defecto importante, consistente en que el gravamen de la renta irregular dependía, en buena parte, del importe de la renta regular del período impositivo de su obtención.

La deficiencia apuntada no fue salvada por la complejísima redacción que al artículo 27 de la Ley 44/1978, dio la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de manera tal que la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, volvió al primer sistema de la Ley 44/1978, pero introduciendo una medida correctora consistente en hacer tributar a la base liquidable regular, como mínimo, al «...tipo medio resultante de aplicar a la escala de gravamen al 50 por 100 de la base liquidable irregular...». La referida medida palió el problema, aunque de una manera atécnica, al tiempo que complicaba la liquidación.

El Real Decreto-Ley 7/1996 desgajó a la plusvalía a largo plazo de la tributación a tarifa general, con lo que redujo sensiblemente el problema de las rentas irregulares, ya que las mismas son, probablemente, las rentas irregulares de mayor significación, aunque a costa de complicar notablemente la formación de la base imponible.

Se llegaba así a la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con un amplio bagaje de problemas y soluciones más bien fallidas, que el Informe de la Comisión para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas examinó, llegando a la conclusión de que «...la solución tributaria que se les aplica (a las rentas irregulares en la Ley 18/1991), responde a las características propias de un sistema de promediación... La complejidad de estos procedimientos es evidente... la Comisión propone que los rendimientos obtenidos a largo plazo sean reducidos previamente a su integración en la base imponible... El empleo de un coeficiente reductor en lugar de un procedimiento de promediación de rendimientos obtenidos a largo plazo introduce una simplificación muy considerable en la aplicación del impuesto y en su comprensión por parte de los contribuyentes, sin merma apreciable en su equidad... si el coeficiente se elige adecuadamente a la vista del grado de progresividad de la tarifa del impuesto...».

Las recomendaciones de la Comisión, seguidas fielmente por la Ley 40/1998, no han pacificado materia tan delicada como la concerniente a las rentas irregulares, tal vez porque los problemas complejos se resisten a tratamientos simples.

En efecto, pronto pudo advertirse que el sistema de tratamiento de las rentas irregulares establecido por la Ley 40/1998 adolecía de las siguientes imperfecciones:

- Para aquellos sujetos pasivos que disfrutaban de unas rentas regulares ordinarias elevadas, cuyo tipo medio de gravamen es próximo al tipo marginal máximo, el coeficiente reductor implica, de hecho, una exención parcial.
- La inelasticidad del porcentaje reductor básico al período de generación de la renta.
- El establecimiento de porcentajes reductores mejorados respecto del básico (30%), por razón de la naturaleza de la renta, lo que puede encubrir, según los casos, exenciones parciales, en ocasiones muy intensas dependiendo del resto de las rentas obtenidas por el sujeto pasivo.

Es en este contexto en el que debe valorarse la reforma introducida en el artículo 17.2.a) por el artículo 1 de la Ley 55/1999. Pues bien, siendo cierto que no ha corregido ninguno de los tres defectos señalados, también lo es que al reducir de manera notable el importe de la renta irregular afectada por el porcentaje reductor, el efecto del citado en primer lugar ha quedado minorado en la misma proporción.

Es cierto, sin embargo, que en determinados casos, muy probablemente de escasa presencia en la vida real, se producirán algunos excesos de imposición, entendiéndose por exceso de imposición la diferencia existente entre las cuotas determinadas de acuerdo con el sistema de tributación de las rentas irregulares y aquellas que hubieran resultado de la obtención regular de una renta del mismo importe que la renta irregular. También es cierto que el sistema de tributación de las rentas irregulares vigente tras la reforma del artículo 17.2.a) continúa beneficiando a los contribuyentes con elevadas rentas regulares por relación a los contribuyentes con moderadas rentas regulares, pero en mucha menor medida que lo hacía el sistema precedente.

De acuerdo con lo expuesto la modificación del artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, merece una valoración positiva, en el sentido de que, sin introducir complicaciones excesivas en la liquidación del tributo, contribuye de manera muy apreciable a morigerar los efectos negativos del sistema de tratamiento de las rentas irregulares inaugurado por la Ley 40/1998.

La pregunta que surge de manera inmediata es por qué la limitación no se aplica a todo tipo de rentas, en particular a las del capital. A nuestro modo de ver, la explicación puede centrarse en que, en el ámbito de las rentas del capital, el porcentaje reductor no sólo cumple la función de tratamiento de la irregularidad, sino también otras, de manera simultánea, de forma tal que la limitación hubiera perjudicado dichas funciones, entre las que podemos destacar:

- Suavizar los efectos adversos de la inflación en la determinación de la renta gravable.
- Equilibrar la fiscalidad de las rentas del seguro con la de las derivadas de las instituciones de inversión colectiva. Ambas rentas proceden del capital y ofrecen un perfil muy similar en cuanto instrumento financiero, de manera tal que, tributando las segundas al 20 por 100, el establecimiento de un límite respecto de la aplicación de los porcentajes reductores mejorados de los que disfrutaban las primeras hubiera implicado quebrar el efecto equilibrador de los mismos.
- Dulcificar la progresividad para las rentas del capital a medio y largo plazo, sin importar la cuantía de las mismas, bajo la consideración de que siete Estados miembros de la Unión Europea hacen tributar las rentas del capital a tipos proporcionales.

Por lo expuesto, entendemos que la no extensión del límite establecido para las rentas irregulares del trabajo a otro tipo de rentas, en particular las del capital, obedece a causas que están enraizadas en la propia estructura del impuesto. Siendo esto cierto también lo es que la posible discrimi-

nación es inquietante, de manera tal que parece haberse llegado a un punto difícil: la no aplicación del nuevo límite a todo tipo de rentas, en particular las del capital, no es satisfactorio, pero la forma de tributación de las rentas del capital establecida en la Ley 40/1998, y el contexto internacional, no admiten la referida aplicación. Probablemente tras la tan diferida como anhelada armonización de la fiscalidad del ahorro en la Unión Europea, se abran nuevas alternativas.

3. Ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994.

La disposición transitoria primera de la Ley 55/1999 añade un párrafo a la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998, para precisar que «...se considerarán elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas aquellos en los que la desafectación de estas actividades se haya producido con más de tres años de antelación a la fecha de transmisión».

La norma transitoria reproduce el contenido de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero la subordinación de la misma a las normas relativas a la afectación de elementos patrimoniales previstas en los artículos 26 y 27 de la Ley 40/1998, era dudosa, puesto que las mismas no prevén un plazo para entender consumada la desafectación.

Debe observarse que la nueva norma tiene efectos desde 1 de enero de 1999, de manera tal que, nuevamente, nos encontramos con un supuesto de retroactividad, si bien atenuado por la previa existencia de una norma, tal vez con rango insuficiente, pero de idéntico contenido.

De acuerdo con la misma, las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales desafectados de la realización de actividades económicas darán derecho a la aplicación de los porcentajes reductores previstos en el apartado 2.2.^a de la disposición transitoria octava de la Ley 18/1991, siempre que concurren dos circunstancias:

- Que el elemento patrimonial hubiere sido adquirido antes de 31 de diciembre de 1994.
- Que hubiera sido desafectado de la realización de actividades económicas al menos tres años antes de la transmisión generadora de la ganancia patrimonial.

El establecimiento del plazo de tres años se debe a que el artículo 41 de la Ley 18/1991, estableció que no existía la desafectación «...si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde la fecha de aquélla». No obstante, dicha regla no se aplicaba en el supuesto de cese en el ejercicio de la actividad. Esta excepción no está recogida en la nueva norma, de manera tal que, aun en el supuesto de cese de actividad, el elemento patrimonial únicamente se entenderá no afectado cuando hayan transcurrido tres años desde la desafectación, siendo indiferente que dicho plazo se haya cumplido antes o después de la entrada en vigor de la Ley 40/1998.

La nueva norma es lógica, puesto que las ganancias patrimoniales de los elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales venían tributando en la Ley 18/1991 sin derecho a la aplicación de porcentajes reductores, y los elementos patrimoniales anteriormente afectos a actividades económicas solamente ganaban la desafectación por el transcurso de tres años desde el acto determinante de la misma.

La perspicacia y diligencia del legislador de la Ley 55/1999, en el ámbito del IRPF, para evitar el aprovechamiento abusivo de los porcentajes reductores en la transmisión de elementos patrimoniales anteriormente afectos a actividades económicas, contrasta fuertemente con la actitud del legislador de la Ley 50/1998, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, la introducción de un nuevo supuesto de escisión parcial ha abierto la puerta, de par en par, a la aplicación de los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, para todo tipo de elementos patrimoniales, afectos y no afectos a actividades económicas, propiedad de personas jurídicas, de manera tal que plusvalías llamadas a tributar al 35 por 100, podrán incluso no tributar. La causa de este singular fenómeno reside en que la escisión parcial de carteras de valores prevista en la nueva letra c) del apartado 2 del artículo 97 de la Ley 43/1995 sitúa en manos de los socios personas físicas, y por tanto con derecho al régimen de la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998, las acciones o participaciones anteriormente en poder de la sociedad, con la antigüedad de las acciones o participaciones anuladas a causa de la escisión, y, obviamente, esas acciones o participaciones son representativas de elementos patrimoniales de la sociedad participada, cuyas plusvalías latentes podrán ser liberadas de tributación a través de una fusión impropia del artículo 103.3 de la Ley 43/1995. De esta manera, a través de este sinuoso pero bien conocido camino, plusvalías generadas en activos patrimoniales afectos a actividades económicas realizadas por sociedades sucumben, tributariamente hablando, ante los porcentajes reductores de la Ley 18/1991. La puerta de este camino la ha abierto el nuevo apartado c) del artículo 97.2 de la Ley 43/1995. Es cierto que para cruzar tan benigno fieltro es preciso tener una participación del 50 por 100, pero la misma puede fácilmente lograrse a través de una operación del artículo 108 de la Ley 43/1995. ¿Al final del camino, tal vez, espera el temido artículo 110.2 de la Ley 43/1995, en vez del gratificante porcentaje reductor de la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998?

Si contraria a la seguridad jurídica es la existencia de esta duda, sorprendente y no muy acorde con los principios de la imposición directa sobre la renta es que, finalmente, los porcentajes reductores de la Ley 18/1991 definan la tributación efectiva de las ganancias patrimoniales generadas por elementos patrimoniales poseídos por las personas jurídicas.

4. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 33.2 de la Ley 40/1998, en el supuesto de transmisiones a título oneroso, el valor de adquisición «...se actualizará, exclusivamente en el caso de bienes inmuebles, mediante la aplicación de los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado». Esta norma se refiere a todo tipo de bienes inmuebles, estén o no afectos a la realización de actividades económicas.

El artículo 58 de la Ley 54/1999 prevé dos coeficientes de actualización diferentes:

- Para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas, la tabla contenida en el apartado Uno del propio artículo 58.
- Para las transmisiones de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, la tabla prevista en el artículo 61 de la Ley 54/1999, en relación con el Impuesto sobre Sociedades.

La dualidad de coeficientes no está prevista en el artículo 33.2 de la Ley 40/1998, pero ya la ley de presupuestos para 1999 optó por la misma y lo propio ha hecho, como ya sabemos, la Ley 54/1999. Como veremos seguidamente, ambas tablas de coeficientes no sólo contienen coeficientes diferentes sino que, además, se aplican también de manera diferente.

4.1. Coeficientes de actualización para inmuebles no afectos a actividades económicas.

Las dos características más notables de estos coeficientes son las siguientes:

- Se aplican sobre el valor de adquisición, y sobre las amortizaciones fiscalmente deducibles.
- Está dividida en dos tramos. El primero abarca a 1994 y anteriores, exceptuando el 31 de diciembre, y en el mismo se aplica un único coeficiente. El segundo abarca desde 31 de diciembre de 1994 hasta 31 de diciembre del año 2000, inclusive.

La existencia de dos tramos se debe a que las ganancias patrimoniales de los inmuebles adquiridos antes de 31 de diciembre de 1994 tienen derecho a la aplicación de los porcentajes reductores, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998. Debe recordarse que ya la Ley 65/1997, de presupuestos para 1998, dividió la tabla en los dos tramos de referencia, en relación con la previsión de actualización contenida en el artículo 46 de la Ley 18/1991, según redacción del Real Decreto-Ley 7/1996. De esta manera se trata de evitar el solapamiento de los coeficientes de actualización con los porcentajes reductores, si bien para 1994 y anteriores se aplica un coeficiente único que responde al objetivo de compensar la incompatibilidad entre aquellos en relación con ganancias patrimoniales a las que corresponde una reducción no muy elevada.

La incompatibilidad entre los coeficientes de actualización y los porcentajes reductores es correcta, ya que estos últimos tienen, entre otros objetivos, el de tomar en consideración la corrección monetaria. Sin embargo, su expresión técnica es deficiente. En efecto, en el caso de pérdidas patrimoniales no se aplican los porcentajes reductores, lo que es obviamente lógico, y tan sólo el coeficiente de actualización para 1994 y anteriores, lo que no parece correcto. De esta manera pueden someterse a tributación pérdidas inferiores a las realmente habidas. También puede suceder que, en el caso de ganancias patrimoniales, el porcentaje reductor no sea suficiente para que se excluyan de tributación las ganancias meramente nominales.

En este sentido tal vez lo más idóneo hubiera sido establecer la aplicación alternativa de ambas técnicas correctoras, a elección del sujeto pasivo.

Finalmente, aun cuando de la literalidad del artículo 58.Uno de la Ley 54/1999 parece desprenderse que los coeficientes de actualización se aplican tan sólo sobre el valor de adquisición, también deben aplicarse sobre las amortizaciones, ya que así lo prevé la letra b) del artículo 33.2 de la Ley 40/1998. Estas amortizaciones serán las que hubieran sido fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo previsto en los artículos 21.1.b) de la Ley 40/1998 y 13.2.a) del Real Decreto 214/1999.

4.2. Coeficientes de actualización para inmuebles afectos a actividades empresariales.

La tabla aplicable en el Impuesto sobre Sociedades se divide en dos tramos. El primero abarca a 1983 y anteriores, y el segundo desde 1 de enero de 1984 hasta 31 de diciembre del año 2000, inclusive. La división en tramos obedece a que en 1983 se produjo la última actualización de valor gratuita anterior a la vigente Ley 43/1995.

A pesar de que la tabla de coeficientes de actualización que se aplica es la del Impuesto sobre Sociedades, las normas de aplicación son las contenidas en la Ley 40/1998, lo que plantea algunas cuestiones.

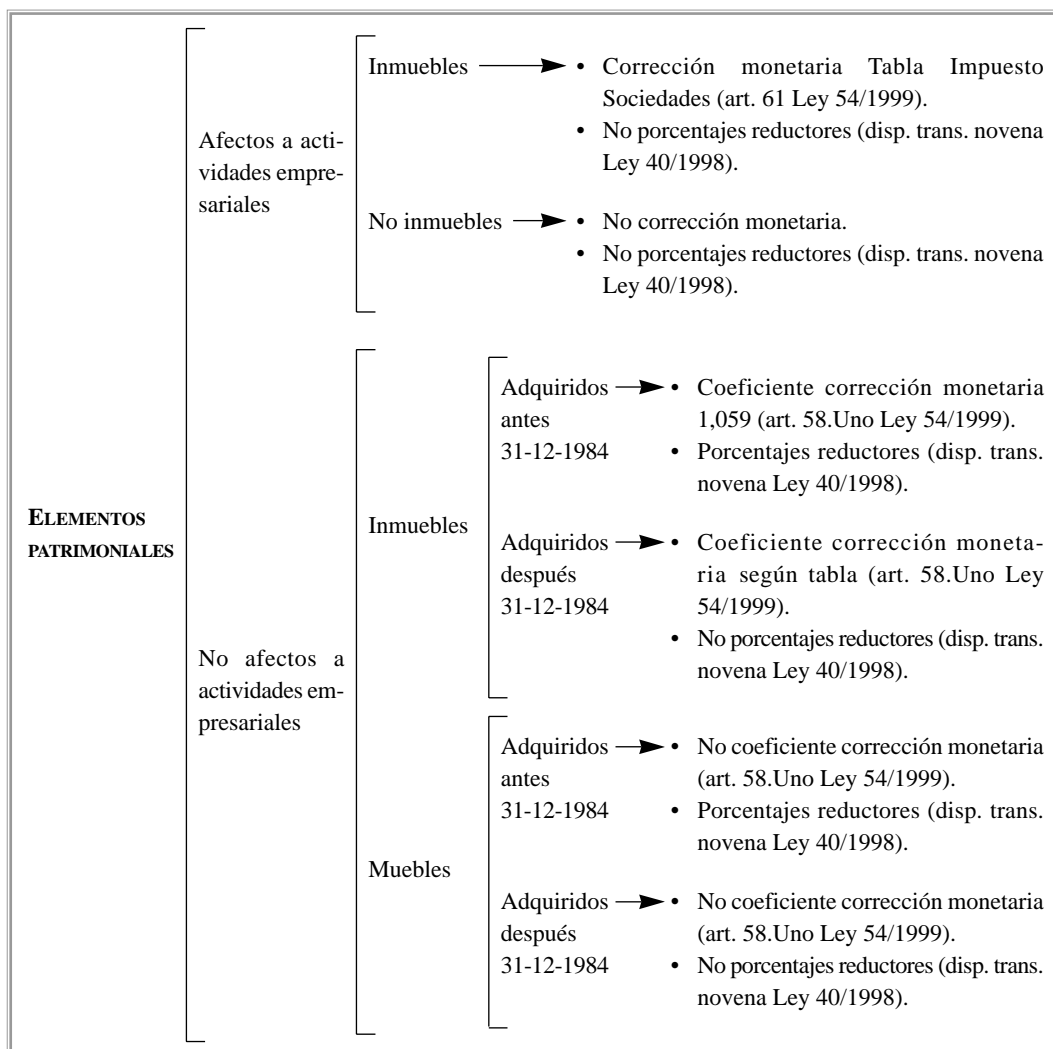
En primer lugar, la concerniente a las amortizaciones que deben ser actualizadas, esto es, las fiscales o las contables, en caso de discrepancia. A diferencia de lo previsto en el artículo 61.Dos de la Ley 54/1999, donde se especifica que las amortizaciones actualizables son las contabilizadas nada se concreta, sobre este particular en el artículo 58.Dos. El artículo 33.2.b) de la Ley 40/1998 establece que los coeficientes se aplicarán sobre las amortizaciones, y aunque tampoco especifica si se trata de las fiscales o de las contables, parece que en el contexto de una norma fiscal deben ser las fiscales. Sin embargo, el apartado Tres del artículo 58 de la Ley 54/1999, al regular la aplicación de los coeficientes de actualización respecto de los elementos patrimoniales actualizados de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 7/1996, establece que dichos coeficientes se aplicarán «...sobre las amortizaciones contabilizadas...», de manera tal que no existiendo razón objetiva para que las amortizaciones tomadas en consideración sean diferentes según que el elemento patrimonial haya sido o no actualizado debemos entender que las amortizaciones actualizables son las contabilizadas.

En segundo lugar, y aunque ello no pertenece estrictamente a la aplicación de los coeficientes de actualización, debe señalarse que no es de aplicación el denominado coeficiente de financiación a que se refiere el artículo 15.11 de la Ley 43/1995.

Finalmente, el apartado Tres del artículo 58 de la Ley 54/1999 establece unas normas particulares respecto de la aplicación de los coeficientes de actualización en el caso de elementos patrimoniales actualizados al amparo del Real Decreto-Ley 7/1996, que son coincidentes con las previstas en el Impuesto sobre Sociedades.

4.3. Esquema de tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales.

Las reglas generales de tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en la Ley 40/1998 son bastante sencillas, sin duda mucho más sencillas que las previstas en la Ley 18/1991, según redacción del Real Decreto-Ley 7/1996. Estas reglas se fundamentan en el tiempo de generación de la ganancia o pérdida. Sin embargo, el régimen transitorio, la discriminación entre activos con y sin corrección monetaria y, finalmente, la corrección monetaria diferente según que se trate de elementos patrimoniales afectos o no a actividades económicas, determina una nutrida casuística, que exponemos en el siguiente esquema:



La aplicación de los porcentajes reductores (disposición transitoria novena Ley 40/1998) y de los coeficientes de corrección monetaria (artículo 33.2 Ley 40/1998) determinan, entre otros, los siguientes efectos:

- Los porcentajes reductores se aplican sobre el importe total de la ganancia patrimonial, previamente corregida, cuando así procediere, por aplicación de los coeficientes de actualización. Por tanto, se aplican incluso en relación con ganancias patrimoniales generadas después de la entrada en vigor de la Ley 40/1998. De esta manera los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, duplicados por el Real Decreto-Ley 7/1996, podrán afectar a rentas generadas y puestas de manifiesto después de la entrada en vigor de la Ley 40/1998.

Este fenómeno, técnicamente conocido como ultraactividad, produce una evidente discriminación por razón de la fecha de adquisición del elemento patrimonial. Podría haberse evitado dividiendo el importe de la ganancia patrimonial en dos partes según su período de generación, al modo en cómo se ha regulado la tributación de las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades con ocasión de transformaciones determinantes de la aplicación de un tipo de gravamen diferente, de manera tal que el porcentaje reductor únicamente se aplicase respecto de la parte de plusvalía generada antes de la entrada en vigor de la Ley 40/1998.

- La aplicación de la corrección monetaria exclusivamente para los inmuebles, genera una discriminación por razón de la calificación jurídico-privada del elemento patrimonial, que ha sido objeto de crítica por algún sector de la doctrina. En este sentido podemos citar, entre otros, a FALCÓN Y TELLA, quien afirma que «...para los demás elementos patrimoniales, la inflación no se tiene en cuenta en absoluto, sin habilitar siquiera al reglamento para introducir medidas correctoras, lo que a mi juicio resulta claramente inconstitucional, pues, como reconoció tempranamente nuestra jurisprudencia, la existencia de coeficientes correctores responde a la naturaleza del impuesto sobre la renta, que ha de contemplar incrementos reales no monetarios...»³, a Marta VILLAR EZCURRA, para quien «...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...»⁴, y a CAZORLA Y PEÑA, para quien «...quedan fuera de actualización, por tanto, los bienes muebles y dos derechos, lo que facilitará que se graven en la práctica ganancias meramente nominales, aparentes y no reales...»⁵.

³ *Quincena Fiscal*, 1999/2, pág. 5.

⁴ *Estudios Financieros* 202/1999, pág. 45.

⁵ *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ley 40/1998 y su Reglamento*. Aranzadi, pág. 175.

5. Residencia habitual en territorio español.

La cualidad de contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) la tienen las personas físicas que «...tengan su residencia habitual en territorio español». La residencia habitual en territorio español es consecuencia de la permanencia «...más de ciento ochenta y tres días durante el año natural, en territorio español».

Una vez cumplido dicho tiempo de permanencia, la persona física es contribuyente por el IRPF, aun cuando no tenga voluntad de residir en territorio español y su centro vital de intereses radique en otro país o territorio.

Pues bien, esta regla puramente objetiva, aceptable y pacífica en la mayoría de las ocasiones, podía conducir en casos aislados a situaciones embarazosas para personas físicas que realizan estancias temporales en nuestro país movidas por fines altruistas. Para evitarlas, la disposición adicional undécima de la Ley 55/1999 ha incorporado un nuevo párrafo al artículo 9.1.a) de la Ley 40/1998, a cuyo tenor las estancias temporales no se computan cuando «...sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones públicas españolas».

El no cómputo se refiere a la totalidad de las estancias que sean consecuencia de las obligaciones contraídas, de manera tal que no sólo las realizadas para concertar las obligaciones sino también las que posteriormente se realicen para cumplir las mismas, aunque las estancias tengan la característica de regulares y periódicas. Lo decisivo es que se hallen en relación de causa a efecto con las obligaciones contraídas.

Las obligaciones contraídas deben ser consecuencia de acuerdos de colaboración cultural o humanitaria concertados a título gratuito con las Administraciones públicas españolas. Caen, por tanto, fuera del ámbito de la norma de no cómputo, otro tipo de acuerdos, como los de carácter técnico. También aquellos que tengan carácter oneroso.

Para discernir si un acuerdo es gratuito u oneroso habrá de estarse a las contraprestaciones que del mismo se deriven. Gratuidad no implica, exclusivamente, que las Administraciones públicas españolas obtengan las prestaciones culturales o humanitarias sin desembolso. También hay gratuidad cuando media una contraprestación que cubra los costes de las prestaciones referidas. Pensemos, por ejemplo, en una cesión de obras pictóricas a la Administración para su exhibición al público, en la que los gastos de conservación y exhibición corren a cargo de la misma. En este caso el acuerdo será gratuito. No lo sería si el cedente se reservara el disfrute exclusivo, aunque fuere parcial, de las obras pictóricas.

Las estancias deben ser «...temporales...», lo que presupone que no radica en España el núcleo principal o la base de las actividades o intereses económicos de la persona física. Si así fuera, la estancia en territorio español no sería temporal sino continuada y, además, tampoco sería consecuencia del cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de colaboración. La norma, por tanto, contempla la situación de una persona física residente en otro país o territorio que se desplaza temporalmente a España, pero no la de aquella persona que, con motivo de las obligaciones derivadas del acuerdo de colaboración, traslada su residencia a territorio español.

Los puntos de conflicto en la aplicación de la norma son, potencialmente, dos, a saber, la naturaleza gratuita del acuerdo y la relación de causa efecto entre las estancias y las obligaciones derivadas del mismo. Estos puntos podrán resolverse fácilmente en la medida en que el acuerdo sea expresivo en relación con los mismos.

6. Disposiciones relativas a la vivienda.

La fiscalidad de la vivienda ha sido objeto de tres normas.

6.1. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual.

6.1.1. Antecedentes de la compensación.

El régimen fiscal de la vivienda habitual del contribuyente ha sufrido una apreciable modificación con la entrada en vigor de la Ley 40/1998, tanto por lo que se refiere a la formación de la base imponible como en lo concerniente a las deducciones de la cuota. Seguidamente exponemos un esquema:

LEY 18/1991	LEY 40/1998
Rendimiento: 2%/valor catastral	No se computa rendimiento
Gastos: intereses, hasta 800.000 ptas. o 1.000.000 en declaración conjunta. IBI	No se deducen gastos
Deducciones: 15%/cantidades para adquisición o rehabilitación, excluidos los intereses, con el límite, sobre la base de cálculo, del 30%/base liquidable, y del aumento del importe comprobado del patrimonio	Deducciones: 15%/cantidades para adquisición o rehabilitación, incluidos los intereses, con el límite, sobre la base de cálculo, de 1.500.000 ptas. Porcentajes mejorados (25% o 20%) para financiación ajena
Exención por reinversión	Exención por reinversión
Exención de plusvalías cuando el contribuyente sea mayor de 65 años, a cambio de renta vitalicia	Exención de plusvalías cuando el contribuyente sea mayor de 65 años
No se contemplan especialidades para minusválidos	Deducción para obras de adecuación en caso de minusválidos
Deducción: 15%/alquileres vivienda habitual, con el límite de 100.000 ptas.	No se contemplan deducciones para el alquiler

Como puede apreciarse, las diferencias entre el régimen fiscal saliente y el entrante son lo suficientemente importantes y complejas como para determinar que, según las diversas circunstancias influyentes, algunos contribuyentes que ya habían adquirido su vivienda antes de la entrada del proyecto de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el órgano legislativo, sufrieran perjuicios en relación con sus expectativas. Pues bien, al objeto de garantizar el disfrute y plena efectividad de las expectativas, la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998, habilitó a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para establecer «...el procedimiento y las condiciones para la percepción de compensaciones económicas...» en relación con los contribuyentes en quienes concurrieran las siguientes circunstancias:

- Que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998, y tuvieran derecho a la deducción por adquisición de vivienda.
- Que la aplicación del nuevo régimen le resulte menos favorable que el regulado en la Ley 18/1991.

Las referidas compensaciones económicas se preveían como algo desligado de la propia liquidación del tributo, ya que, en efecto, habían de satisfacerse, de acuerdo con el apartado 2 de la disposición transitoria «...dentro de los seis meses siguientes a aquel en que finalice el plazo para presentar la declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Sin embargo, la disposición transitoria quinta de la Ley 54/1994, ha transformado esta compensación en una deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

6.1.2. Deducción por adquisición de vivienda habitual: requisitos.

La disposición transitoria quinta de la Ley 54/1999, modifica la previsión de la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998, ya que en lugar de establecer el procedimiento para cuantificar y pagar una compensación económica, establece una deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, dicha transformación no implica ninguna extralimitación de la ley de presupuestos en relación con lo previsto en el artículo 134.7 de la Constitución, habida cuenta que la disposición final quinta de la Ley 40/1998 habilita a la ley de presupuestos para «...modificar...las deducciones en la cuota...».

El disfrute de la nueva deducción está condicionado a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- La vivienda habitual ha debido ser adquirida antes del día 4 de mayo de 1998.
- La adquisición debe dar derecho a la deducción prevista en el artículo 55.1 de la Ley 40/1998. Por tanto, la deducción se configura como adicional o complementaria de la prevista para la adquisición de vivienda habitual en la Ley 40/1998.

6.1.3. Determinación del importe de la deducción.

La cuantía de la deducción es «...la diferencia positiva entre el importe del incentivo teórico que hubiera correspondido de mantenerse la normativa vigente a 31 de diciembre de 1998, y la deducción por inversión en vivienda que proceda para 1999».

El importe del incentivo teórico es, en pocas palabras, la tributación que hubiere correspondido al adquirente de una vivienda habitual con arreglo a la legislación derogada. Si recordamos el esquema precedente, vemos que dicha tributación se deriva de un conjunto de parámetros que influyen en la formación de la base imponible y en las deducciones de la cuota. Así se llega a la siguiente formulación:

$$tmg/(intereses + cuota y recargos IBI - valor catastral \times coeficiente) + 15\%/(cantidades invertidas) = incentivo teórico$$

Hay que tener en cuenta las siguientes restricciones y matizaciones:

- Que los intereses no pueden exceder de 800.000 pesetas en declaración individual o de 1.000.000 de pesetas en declaración conjunta.
- Que los recargos por apremio están excluidos.
- Que los coeficientes a aplicar al valor catastral son los previstos en el artículo 34.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, esto es, el 2 por 100 o el 1,1 por 100 en caso de revisión catastral.
- Que las cantidades invertidas no comprenden los intereses.
- Que las cantidades invertidas tienen como límite el 30 por 100 sobre la suma de las bases liquidables, general y especial, con el mínimo personal y familiar.

$$Deducción = Incentivo teórico - Deducción por vivienda del artículo 55 de la Ley 40/1998$$

La fórmula desplegada en el apartado Dos de la disposición transitoria quinta de la Ley 54/1999, para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998, es tan complicada como fiel a un principio coherente con el objetivo a alcanzar. Probablemente los partidarios de la simplificación a ultranza harán crítica de ella, pero, en nuestra modesta opinión, muchos de los problemas que ya han aflorado en la joven Ley 40/1998, como el muy célebre de las rentas irregulares del trabajo personal (*stock options*) o el de los seguros *unit linked*, hubieran hallado una mejor solución si se hubiera asumido que, en ciertas materias, es preciso atravesar el fielato de la complejidad para entrar en la ciudadela de la equidad.

6.1.4. Aplicación de la deducción.

La deducción se aplica sobre la cuota diferencial a que se refiere el artículo 65 de la Ley 40/1998, de manera tal que es el último concepto de deducción por razón de orden en la liquidación. Supuesto que la cuota diferencial no fuere suficiente para absorber el importe de la deducción, la norma no prevé la traslación del exceso a períodos impositivos futuros, por lo que dicho exceso no tendrá eficacia fiscal.

6.2. Obras de instalación y adecuación de la vivienda del contribuyente minusválido.

El apartado Cuatro del artículo 1 de la Ley 40/1998 ha dado nueva redacción al artículo 55.4 de la Ley 50/1998, al objeto de incluir entre las personas afectadas de minusvalía que justifican las inversiones en instalaciones y obras de adecuación de la vivienda al cónyuge, ascendientes o descendientes del contribuyente que conviven con él. Los restantes requisitos de la deducción no han sido modificados.

6.3. Compensación fiscal para arrendatarios de vivienda.

La letra b) del apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998 habilitó a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para determinar «...el procedimiento y las condiciones para la percepción de compensaciones económicas...» en relación con los contribuyentes en los que concurrían las siguientes características:

- Que hubieran tenido derecho a la deducción por alquiler de vivienda, con arreglo a la Ley 18/1991, de 6 de junio, por razón de contrato de antigüedad anterior al 24 de abril de 1998.
- Que, como consecuencia de la desaparición de la deducción por alquiler de vivienda en la Ley 40/1998, esta ley les resulte menos favorable que la Ley 18/1991.
- Que mantengan el sistema de arrendamiento para su vivienda habitual.

El artículo 78.Tres.a) de la Ley 18/1991 estableció una deducción del 15 por 100 de las cantidades satisfechas en el período impositivo por alquiler de la vivienda habitual del sujeto pasivo, con el límite de 100.000 pesetas anuales, a condición de que la base imponible del sujeto pasivo no fuese superior a 3.500.000 pesetas en régimen individual o a 5.000.000 de pesetas en tributación conjunta, y que las cantidades satisfechas en concepto de alquiler excedieran del 10 por 100 de los rendimientos netos del sujeto pasivo.

Esta deducción que, en cierta medida, ponía en pie de igualdad a los contribuyentes frente a las diversas modalidades de posesión de la vivienda habitual, no ha sido recogida por la Ley 40/1998, creando de esta manera un supuesto de discriminación contra los usuarios de vivienda en régimen

de arrendamiento que, probablemente, serán contribuyentes con muy bajo nivel de renta. Sin embargo, los contribuyentes que eran arrendatarios de vivienda antes del día 24 de abril de 1998, han visto plenamente respetadas sus expectativas, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998, como anteriormente se expuso. Pues bien, la disposición transitoria cuarta de la Ley 54/1999 ha transformado la compensación prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/1998, en una deducción de la cuota que respeta los mismos porcentajes, límites y requisitos establecidos en la Ley 18/1991.

III. MODIFICACIONES RELATIVAS AL IMPUESTO DE SOCIEDADES

1. Fusiones y operaciones asimiladas.

1.1. Introducción y antecedentes.

El artículo 3.Siete de la Ley 55/1999 ha modificado el artículo 98.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, suprimiendo el último párrafo y añadiendo dos nuevos párrafos. El párrafo suprimido enervaba la aplicación del régimen de diferimiento para las plusvalías puestas de manifiesto en las transmisiones realizadas como consecuencia de las operaciones previstas en el artículo 97, y en el artículo 108 por remisión al primero, ambos de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, cuando «...la entidad adquirente se halle exenta por este Impuesto».

Por aplicación de este precepto, cuando la entidad adquirente era una de las enumeradas en el artículo 9 de la Ley 43/1995, las plusvalías puestas de manifiesto con ocasión de la operación debían integrarse en la base imponible de la entidad transmitente. La finalidad del precepto era clara y congruente con el principio que inspira el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, que podemos resumir diciendo que las plusvalías puestas de manifiesto en la transmisión derivada de alguna de las operaciones contempladas no tributarán con ocasión de la misma, pero sí lo harán cuando la entidad adquirente los transmita ulteriormente. Ahora bien, para que dicho principio se cumpla la entidad adquirente no debe estar exenta. Junto a la exención subjetiva, que es la expresión más intensa del beneficio fiscal, anidan en el Impuesto sobre Sociedades otros beneficios fiscales, conceptualmente distintos de la exención, pero con efectos prácticos, en ocasiones, muy similares. Así, y sin ánimo exhaustivo, podemos citar a los tipos de gravamen especiales, las deducciones para incentivar determinadas actividades, el diferimiento por reinversión, la reserva para inversiones en Canarias, la bonificación de las cooperativas especialmente protegidas... La Ley 29/1991 abordó el problema de la pluralidad de beneficios fiscales con una fórmula tan ambiciosa como imperfecta. Dicha fórmula limitaba la aplicación del régimen de diferimiento de las plusvalías a «...los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a aquellos elementos que contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades». ¿Cuándo había tributación efectiva? ¿Bastaba la integración en la base imponible? ¿La eliminaba la compensación de pérdidas? ¿La exención por reinversión? ¿Un tipo de gravamen especial muy inferior al general, como, por ejemplo, el de las instituciones de inversión colectiva?

Estas preguntas quedaron sin respuesta, de manera tal que la inseguridad jurídica estaba servida.

Tampoco era mucho más clara la adecuación de la fórmula de la Ley 29/1991 a la Directiva 434/1990, cuyo artículo 3 c) considera como requisito para ser una sociedad calificada para disfrutar del régimen especial que la misma «...esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos siguientes...». De este texto se desprende, con claridad, que toda entidad sujeta y no exenta debe disfrutar del régimen previsto en la Directiva, de manera tal que el disfrute de beneficios fiscales que determinen una tributación reducida sea para el conjunto de las rentas o para unas rentas determinadas no es causa descalificadora.

La oscuridad del texto de la Ley 29/1991, y su dudosa adecuación a la Directiva 434/1990, motivaron que la Ley 43/1995, cuyo Capítulo VIII del Título VIII es heredero del Título I de la Ley 29/1991, adoptase una nueva fórmula excluyente basada en la exención de la entidad adquirente, es decir, en una exención subjetiva. Así, toda sociedad que «se halle exenta» queda descalificada e, inversamente, toda sociedad no exenta es, cumpliendo los restantes requisitos, apta para disfrutar del régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VIII, aunque tenga derecho a cualquier otro beneficio fiscal.

Sabido es que la doctrina identifica a la exención como una especie del género de los beneficios fiscales y que dentro la misma distingue, por su naturaleza, entre la objetiva y la subjetiva. Así, en las *Notas de Derecho Financiero* de SAINZ DE BUJANDA ⁶, ya se señalaba que «...la exención tributaria, entendida en su estricto sentido jurídico, consiste siempre en la eliminación del nacimiento de una obligación tributaria que, en caso de no existir la exención, llegaría a producirse como consecuencia de la realización de un determinado hecho. En ocasiones no se elimina la obligación tributaria, pero se reduce la prestación del sujeto pasivo, lo que permite hablar, en tales casos, de la existencia de una exención parcial. No obstante, es preferible el empleo, para tales hipótesis, de otros vocablos (tales como el de bonificación o el de reducción), dado que en ellos el vínculo jurídico obligacional existe, y lo único que se produce es un recorte de la prestación debida...», y más adelante se concluye que «...desde el punto de vista de la dogmática jurídica sólo puede existir exención cuando un hecho que normalmente está destinado a provocar el nacimiento de una deuda impositiva a cargo de un sujeto pasivo, no provoca, como consecuencia de una norma limitativa de excepción, el mencionado efecto...». En la misma línea PÉREZ ROYO entiende que «...la exención puede considerarse como una especie -la más característica o típica- de un género más amplio: el de los beneficios tributarios... El alcance de este tipo de normas puede llegar hasta la total anulación del efecto del hecho imponible (exención total o propiamente dicha) o bien reducirse a un aligeramiento de la carga tributaria...» ⁷.

Estas posturas doctrinales hallan amplio respaldo en los artículos 133 y 134 de la Constitución los cuales se refieren a los «beneficios fiscales», y en el artículo 10 b) de la Ley General Tributaria, que se refiere a las «...exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias...», de forma tal

⁶ Vid. Tomo I, pág. 507 y ss.

⁷ *Derecho Financiero y Tributario*. Parte general.

que hoy en día la exención tiene un contenido técnico-jurídico preciso que la distingue de otros beneficios fiscales. La exención elimina el nacimiento de la obligación tributaria, en tanto que los restantes beneficios fiscales reducen el importe de su prestación.

De acuerdo con lo expuesto, la redacción original del último párrafo del artículo 98 de la Ley 43/1995 descalificaba para el disfrute del régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VIII a las entidades exentas, pero no a aquellas otras que disfrutasen de cualquier otro beneficio fiscal como, por ejemplo, un tipo de gravamen reducido por relación al general o una bonificación.

Sólo desde esta constatación puede entenderse plenamente la modificación que del artículo 98 de la Ley 43/1995, se ha efectuado por el artículo 3.Cinco de la Ley 55/1999.

1.2. Contenido de la modificación.

El contenido de la modificación puede resumirse de la siguiente manera:

- Continúa sin ser de aplicación el régimen de diferimiento de las plusvalías cuando la entidad adquirente está exenta por el Impuesto sobre Sociedades.
- Se extiende la no aplicación del régimen de diferimiento de plusvalías cuando la entidad adquirente tributa en régimen de atribución.
- Se establece una regla específica respecto de la tributación de las plusvalías diferidas cuando la entidad adquirente tribute a un tipo de gravamen diferente del general o por un régimen tributario especial.

1.2.1. Tributación en régimen de atribución.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 43/1995, y en el artículo 10 de la Ley 40/1998, tributan en régimen de atribución «...las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria...». Estas entidades no están sujetas al Impuesto sobre Sociedades, como así lo dispone expresamente el apartado 4 del artículo 10 de la Ley 40/1998, y las rentas determinadas en sede de las mismas deben ser atribuidas a sus socios, herederos, comuneros o partícipes, teniendo aquellas rentas la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan, todo ello de acuerdo con lo previsto en los apartados 2 y 3 del referido artículo 10.

De todas las entidades sujetas al régimen de atribución, únicamente cabría concebir una fusión en la que interviniese una sociedad civil, y aun así la doctrina mercantil se muestra dubitativa. En este sentido GARDEAZABAL DEL RÍO señala que «...Es dudoso admitir la posibilidad de que se fusio-

nen sociedades de distinta naturaleza (civil y mercantil). Por la negativa, la prohibición del artículo 223.2 LSA, que prohíbe, salvo disposición legal la transformación de una sociedad anónima en sociedad civil. Pero quizá fuese posible mantener la solución afirmativa siempre que el resultado de la fusión fuese una sociedad mercantil, ya que no existen prohibiciones para la transformación de sociedades civiles...»⁸.

Caso de ser cierta la postura doctrinal referida, en el sentido de que la entidad adquirente no podría, por imperativos jurídico-mercantiles, tener la forma de sociedad civil, el nuevo supuesto de exclusión se estaría refiriendo a un fenómeno jurídico de imposible producción. Es cierto que la disposición adicional primera de la Ley 43/1995 declara aplicable el régimen tributario previsto en el Capítulo VIII del Título VIII a «...las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes...», pero nótese que en este precepto no podría ampararse la posibilidad de aplicar el referido régimen a negocios jurídicos determinantes de efectos prácticos equivalentes a los derivados de la fusión en el que intervinieran sociedades civiles, porque estas últimas no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Podría entenderse, supuesto que en las operaciones de fusión y escisión no pudiera intervenir una sociedad civil en calidad de adquirente, que sí puede hacerlo en las operaciones de aportación de ramas de actividad o especiales y de canje de valores, y que la modificación iría, precisamente, dirigida a estos supuestos. Sin embargo también sería objetable que estos supuestos puedan dotar de contenido a la exclusión que se predica respecto de las entidades en régimen de atribución, porque el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, establece un régimen aplicable a «entidades», que es el término con el que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.2 de aquella ley, se designa a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Finalmente, es difícil concebir que el artículo 6.3 de la Ley 43/1995 excluya a las entidades en régimen de atribución de rentas del Impuesto sobre Sociedades y, a pesar de ello, pueda entenderse que las mismas puedan ser tenidas como entidades adquirentes en el marco del régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VIII.

Pero si la duda existiere, aunque fuere remota o incluso infundada, la modificación normativa ha de valorarse positivamente, al menos en el plano de lo práctico, porque pone claridad y evita con ello hipotéticos conflictos. Además, el efecto a que conduce es de todo punto lógico ya que al estar las entidades en régimen de atribución no sujetas al Impuesto sobre Sociedades, están, por decirlo de alguna manera, en una posición jurídica más distante del régimen del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 que las entidades exentas, las cuales, como sabemos, ya se hallaban inhabilitadas para disfrutar del mismo según la redacción original del último párrafo del artículo 98.1 de la referida ley, y, por supuesto, también lo estaban en la regulación establecida por la Ley 29/1991.

⁸ *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Pág. 801 y ss.

1.2.2. Tributación a un tipo de gravamen o por un régimen especial.

1.2.2.1. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho de la norma está constituido por dos características:

- La entidad adquirente disfruta de la aplicación de un tipo de gravamen especial o un régimen tributario especial distinto del de la transmitente.
- La anterior característica es consecuencia de su diferente forma jurídica.

La redacción de la nueva norma ofrece algunas dudas: ¿Debe la entidad adquirente disfrutar de un tipo de gravamen especial para que se verifique el supuesto de hecho? ¿Se verifica el supuesto de hecho con tal que el tipo de gravamen de ambas entidades sea diferente, aun cuando la entidad adquirente tribute al tipo general? ¿Se predica el requisito de la diversidad de forma jurídica respecto de la situación de diferencia en los tipos de gravamen, respecto de la de tributación en régimen especial de la adquirente, o respecto de ambas situaciones? ¿Qué debemos entender, a estos efectos, por forma jurídica? ¿Deben tener ambas entidades forma jurídica distinta?

A nuestro entender, la respuesta a las interrogantes precedentes ha de realizarse atendiendo al espíritu y finalidad de la norma.

La finalidad de la norma es clara. Se trata de gravar la plusvalía diferida en el momento de realizar la operación de acuerdo con el régimen de la entidad transmitente, cuando dicha plusvalía se ponga de manifiesto en la entidad adquirente. Pues bien, para lograr esta finalidad el supuesto de hecho debería construirse única y exclusivamente en base a la diferencia de tipo de gravamen o de régimen tributario y, además, sin importar si dicha diferencia está asociada o discurre paralelamente a una distinta forma jurídica de las entidades adquirente y transmitente. No es claro, sin embargo, que la redacción de la norma permita llegar a esta interpretación. En efecto, el primer inciso del segundo párrafo de la nueva norma establece que el régimen de diferimiento se aplica «...aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial», de manera tal que hay motivos para entender que el supuesto de hecho contenido en el segundo inciso del mismo párrafo debe interpretarse en relación con el supuesto de hecho contenido en el primero, en cuyo caso la hipótesis legal únicamente se produciría cuando la entidad adquirente tributase a un tipo de gravamen especial o por un régimen tributario especial.

Esta interpretación podría combatirse en base al argumento de que el segundo inciso del párrafo segundo contiene un supuesto de hecho autónomo, de manera tal que no sería correcto inmiscuir al primer inciso para determinar el verdadero sentido del referido supuesto de hecho. Pero este argumento es débil porque no parece lógico entender que en el mismo párrafo se contengan dos supuestos de hecho diferentes, uno, el primero, con la función de explicar que el régimen de diferimiento se aplica también en el caso de que la entidad adquirente esté sometida a un régimen tributario espe-

cial o a un tipo de gravamen especial, y otro, el segundo, con la función de anudar al mismo un régimen especial de gravamen de la plusvalía cuando la misma se ponga de manifiesto en sede de la entidad adquirente. Lo más lógico es entender que los dos supuestos de hecho son idénticos, aunque el del segundo inciso contiene dos elementos adicionales, a saber, que el tipo de gravamen o el régimen tributario de la entidad adquirente debe ser distinto del de la entidad transmitente, y que dicha diferencia, ya veremos que en nuestra opinión solamente en relación con el régimen tributario, ha de ser consecuencia de la distinta forma jurídica. Por el contrario no creemos que sea correcto desvincular ambos supuestos de hecho, aunque de ello se derive que el mandato de la norma no operará cuando la entidad adquirente se halle sometida al tipo de gravamen general y la transmitente a un tipo de gravamen especial, lo que no parece lógico.

Probablemente la redacción de la norma no sea muy afortunada porque la convivencia de dos supuestos de hecho dentro del mismo párrafo, parcialmente coincidentes, no convoca ni a la claridad ni a la certeza. Tal vez el primer inciso sea superfluo. En efecto, si el segundo inciso embebe el contenido del primero, tanto en lo que se refiere al supuesto de hecho como al mandato, ya que, nótese bien, la tributación de la plusvalía diferida de acuerdo con lo que en el mismo se ordena implica, necesariamente, la previa exclusión de dicha plusvalía de la base imponible, cabe concluir que el primer inciso está sobrante.

Podría aducirse que el primer inciso del segundo párrafo cumple una función precisa y determinada en relación con el párrafo primero, a saber, dejar bien claro que cuando la entidad adquirente tributa a un tipo de gravamen especial o por un régimen tributario especial, se aplica el régimen de diferimiento. Sin duda ello es así, porque lo que cierra el paso al régimen de diferimiento es la exención de la entidad adquirente o su tributación en régimen de atribución, y no es posible asimilar la tributación a un tipo de gravamen especial por muy reducido que éste sea o por un régimen tributario especial por muy beneficioso que éste sea a la exención, de manera tal que, como sucede con toda norma clarificadora, nada nuevo añade. Pero en esta ocasión tal vez fuera necesaria la intervención clarificadora del legislador, habida cuenta que una cierta interpretación administrativa de la norma suprimida, comprensible y loable en sus objetivos pero difícilmente compartible en cuanto a su fundamento jurídico, había postulado la asimilación entre exención y tipo de gravamen especial reducido.

Igualmente incierta se nos presenta la cuestión de la forma jurídica. Tal y como está redactada la norma, el inciso «...como consecuencia de su diferente forma jurídica...» podría significar tanto que necesariamente ambas entidades deben tener forma jurídica diferente para que se verifique el supuesto de hecho, como que el tipo de gravamen o el régimen tributario especial de la entidad adquirente han de ser consecuencia, precisamente, de su forma jurídica.

Nuevamente nos vemos obligados a apoyarnos en el mandato de la norma para descifrar el supuesto de hecho de la misma. Lo importante es que la entidad adquirente se halle sometida a un régimen tributario especial y distinto del de la entidad transmitente o a un tipo de gravamen especial también diferente, de manera tal que aun cuando una y otra entidad tuvieran la misma forma jurídica el referido mandato debería aplicarse. Por tanto, nos parece que por este camino llegamos a la conclusión de que el inciso examinado significa que el régimen tributario especial lo sea por razón

de la forma jurídica, siendo más dudoso que dicha conclusión sea predicable también respecto del tipo de gravamen, ya que los tipos de gravamen del artículo 26 de la Ley 43/1995 no se asignan, básicamente, en función de las formas jurídicas, si, como parece procedente y seguidamente razonaremos, por forma jurídica ha de tomarse, a estos efectos, la noción jurídico-privada.

El artículo 122 del Código de Comercio establece que, como regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando «...alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria, simple o por acciones, la anónima, la de responsabilidad limitada», y el artículo 1.670 del Código Civil que las sociedades civiles por su objeto «...pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio...». De acuerdo con estas normas, la forma jurídica, en principio, es una de las señaladas en el Código de Comercio. Observemos, sin embargo, que el artículo 122 del Código de Comercio no cierra la puerta a la existencia de otras formas jurídicas, ya que comienza diciendo que «Por regla general...», de manera tal que también son posibles otras formas jurídicas, aunque según el criterio generalizado de los mercantilistas lo que no cabe es la sociedad atípica. Desde esta perspectiva debemos entender que también tienen forma jurídica propia las sociedades cooperativas reguladas en la Ley 27/1999, las agrupaciones de interés económico reguladas en la Ley 12/1991, y las sociedades de garantía recíproca reguladas en la Ley 11/1994. Más dudoso es el caso de las entidades que, revistiendo alguna de las formas mencionadas en el artículo 122 del Código de Comercio, están sometidas a un régimen mercantil especial como es el caso de las sociedades de capital-riesgo que son «...sociedades anónimas cuyo objeto social principal consiste en la toma de participaciones temporales...» (artículo 2.º Ley 1/1999) o de las sociedades de inversión mobiliaria, de capital fijo o variable, que «...son aquellas sociedades anónimas que tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute...» (artículo 2.º 2 Ley 46/1984). Unas y otras, por su forma jurídica, son sociedades anónimas.

A efectos de la aplicación de la norma fiscal sería indiferente determinar si las instituciones de inversión colectiva que tienen forma de sociedad anónima constituyen formas jurídicas autónomas supuesto que el inciso de la misma relativo a la «...diferente forma jurídica...» no se predicase respecto del tipo de gravamen, y, por el contrario, no lo sería si el referido inciso también fuese predicable del tipo de gravamen.

Una vez más debemos acudir al mandato de la norma para perfilar el supuesto de hecho de la misma. Parece claro, desde esta perspectiva, que las adquisiciones realizadas por las instituciones de inversión colectiva deben quedar afectadas por la norma. En realidad, la nueva norma está básicamente pensada para regular la tributación de las plusvalías diferidas cuando el tipo de gravamen aplicable a la sociedad transmitente y el tipo de gravamen de la entidad adquirente divergen, como es el caso de las adquisiciones realizadas por las instituciones de inversión colectiva, de manera tal que, con independencia de la mayor o menor claridad de la nueva norma, no sería aceptable una interpretación que dejara fuera de la misma el supuesto de hecho referido. Por tal razón nos inclinamos a entender que, o bien el inciso relativo a la forma jurídica no se aplica respecto del tipo de gravamen, o bien, si se aplica, las instituciones de inversión colectiva deben ser consideradas como formas jurídicas específicas también en el caso de que revistan la forma de sociedad anónima. Ante esta disyuntiva nos inclinamos por entender que el inciso relativo a la forma jurídica no es aplicable al tipo de gravamen.

Podemos resumir lo concerniente al supuesto de hecho, de la siguiente manera:

- El supuesto de hecho del primer inciso y el del segundo inciso del párrafo segundo de la nueva norma son coincidentes, si bien el del segundo inciso añade dos elementos nuevos.
- El supuesto de hecho se integra de los siguientes elementos:
 - La entidad adquirente tributa a un tipo de gravamen especial o por un régimen tributario especial.
 - Dicho tipo de gravamen especial o régimen tributario especial es distinto del de la entidad transmitente.
 - El régimen tributario especial es consecuencia de la diferente forma jurídica.

1.2.2.2. Mandato.

Cuando en una operación de las contempladas en el artículo 98, y también del 108, ambos de la Ley 43/1995, concurre el supuesto de hecho anteriormente examinado, la renta derivada de la posterior transmisión de los elementos patrimoniales adquiridos a causa de la misma se «...entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante todo el tiempo de tenencia del elemento patrimonial...», lo que permite dividir dicha renta en dos partes, tomando como referencia la fecha de realización de la operación, y gravar la parte generada anteriormente «...aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiese correspondido a la entidad transmitente».

Esta norma responde a un principio de justicia. En efecto, en primer lugar, fiel al espíritu de la Directiva 434/1990, a cuyos principios también responde la legislación aplicable a operaciones puramente internas, el gravamen de la renta latente en el momento de la realización de la operación queda diferido hasta que la misma se materialice, y, en segundo lugar, se cortan de raíz las economías de opción consistentes en realizar la plusvalía en sede de entidades que tributan a un tipo de gravamen especial reducido o que tributan por un régimen especial beneficioso.

Un caso típico era la aportación de carteras de valores a SICAV, las cuales tributan al 1 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.5 de la Ley 43/1995, de manera tal que las plusvalías llamadas a tributar al 35 por 100, finalmente lo harían al 1 por 100, si bien es cierto que en el momento de reembolso de la participación se produciría la tributación al 35 por 100. Tras unos momentos iniciales de duda la Administración tributaria, a través de reiteradas contestaciones a consultas, negó la posibilidad de que dichas operaciones tuvieran cabida en el marco del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995. No es el caso de comentar estas contestaciones, ni de profundizar en la congruencia del régimen fiscal de la inversión colectiva, pero, desde luego, la reacción del legislador de la Ley 55/1999 ha de valorarse muy positivamente, porque, de una parte, no excluye del régimen fiscal del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 a las operaciones en las que la

entidad adquirente tributa a un tipo especial reducido, exclusión esta que violentaría los principios de la Directiva 434/1990 y que introduciría una discriminación negativa difícilmente justificable, y de otra, porque asegura que la plusvalía generada hasta el momento de la realización de las referidas operaciones tribute al tipo de gravamen o al régimen tributario de la entidad transmitente.

Si algún defecto podemos encontrar a la nueva norma legal es su aparición relativamente tardía, ya que el problema era bien conocido si hemos de juzgar por las contestaciones administrativas anteriormente aludidas, y del contenido de las mismas era fácil colegir que más temprano que tarde era necesaria una modificación legislativa. Por eso no es de extrañar que el diligente legislador de la Ley 55/1995 haya previsto que «Las modificaciones de los artículos 24 y 98 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, introducidas en la presente Ley, serán aplicables a partir de 1 de octubre de 1999» (disposición transitoria décima).

1.2.2.3. Aplicación de la norma en el tiempo.

Las modificaciones introducidas en el artículo 98 de la Ley 43/1995 por el apartado Cinco del artículo 3 de la Ley 55/1999 «...serán aplicables a partir de 1 de octubre de 1999», de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria décima de la misma.

Dejando aparte las cuestiones relacionadas con la retroactividad de las normas, ya examinadas con mayor profundidad en otro apartado de este escrito, no parece dudoso que la nueva norma se aplicará a las rentas relativas a elementos patrimoniales adquiridos como consecuencia de operaciones realizadas a partir de 1 de octubre de 1999. Alguna duda podría haber en relación con las rentas, materializadas a partir de 1 de octubre de 1999, relativas a elementos patrimoniales adquiridos como consecuencia de operaciones realizadas antes de 1 de octubre de 1999, ya que la nueva norma ha variado las expectativas del sujeto pasivo. Pero la alteración de las expectativas, en este caso determinante de una mayor carga tributaria, no es un motivo que pueda impedir la aplicación de la nueva norma a unos hechos que se producen después de la fecha establecida al efecto, de manera tal que las rentas obtenidas a partir del día 1 de octubre de 1999 están afectadas por la nueva norma, cualquiera que sea la fecha en que se realizó la operación en cuya virtud fueron adquiridos los elementos patrimoniales transmitidos. E inclusive podría sostenerse, con ciertas dudas, que podría aplicarse a rentas materializadas antes de 1 de octubre de 1999, correspondientes a períodos impositivos finalizados después de dicha fecha.

1.2.2.4. Problemas de doble imposición.

Los dividendos distribuidos con cargo a las rentas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos en las operaciones amparadas en el Capítulo VIII del Título VIII deben, en principio, disfrutar de la deducción por doble imposición de dividendos, ya que, de lo contrario, se produciría doble imposición. Sin embargo, el artículo 72.2.b) de la Ley 43/1995 excluye de la deduc-

ción por doble imposición a «...los beneficios distribuidos por las instituciones de inversión colectiva...». Esta exclusión está justificada respecto de los beneficios que tributan al 1 por 100, pero no lo está cuando tributan, como puede ser el caso de las rentas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos al amparo de alguna de las operaciones previstas en el Capítulo VIII del Título VIII, al tipo general de gravamen.

Ciertamente el supuesto apuntado no es muy relevante, porque la mayoría de las instituciones de inversión colectiva no distribuyen beneficios, de manera tal que el socio recupera su inversión, en unión de los frutos inherentes a la misma, mediante el reembolso. En tal supuesto, y siempre que cumplan los restantes requisitos, entendemos que la doble imposición puede salvarse por aplicación de la norma establecida en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995, pues aunque la sociedad de inversión mobiliaria participada no tributa «...al tipo general de gravamen o al tipo del 40 por 100...», sí lo harán las rentas derivadas de la transmisión de carteras de valores adquiridas mediante operaciones del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 de entidades que tributaron al tipo general o al 40 por 100. Es cierto, sin embargo, que también cabe la interpretación contraria, apoyada en el argumento de que la exclusión de la deducción por doble imposición prevista en el artículo 72.2.b) de la Ley 43/1995 se refiere a todas las modalidades de la misma reguladas en el artículo 28. En cualquier caso, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición de dividendos, la forma en como debe practicarse requiere que se especifique la parte de renta obtenida en el reembolso o transmisión de la participación que corresponde la plusvalía gravada al tipo general o al 40 por 100.

2. Imputación temporal de ingresos en los seguros de vida denominados *unit linked*.

2.1. La nueva norma de imputación temporal en el marco del principio del devengo.

El artículo 3.Uno de la Ley 55/1999 ha añadido un nuevo apartado, con el número 10, al artículo 19 de la Ley 43/1995, al objeto de regular la imputación temporal de los ingresos derivados de los contratos de seguro de vida en los que concurran las siguientes circunstancias:

- Que la entidad sea beneficiaria o tenga reconocido el derecho de rescate de contratos de seguro de vida.
- Que la entidad asuma el riesgo de la inversión.

La regla de imputación temporal consiste en que se «...integrará en todo caso en la base imponible la diferencia entre el valor liquidativo de los activos afectos a la póliza al final y al comienzo de cada período impositivo».

Esta regla abre un amplio campo de reflexión. ¿Era necesaria la explicitación del referido criterio de imputación temporal, o, por el contrario, debía entenderse ya implícito en el apartado 1 del artículo 19? ¿Es respetuoso el nuevo criterio de imputación temporal con el principio del devengo o, por el contrario, implica una excepción al mismo? ¿Son correctos los efectos que del nuevo criterio se desprenden en orden a la determinación de la base imponible? ¿Es armónico con otros artículos de la Ley 43/1995, cuyo objeto o materia es similar?

En relación con la primera cuestión la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, con carácter general, no puede entenderse dicha diferencia constitutiva del resultado contable, ni considerarse un ingreso devengado de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 19 de la Ley 43/1995. Por lo tanto, si la voluntad del legislador era gravar la referida diferencia la norma era absolutamente necesaria.

En relación con la segunda cuestión no puede darse una respuesta válida con carácter general. Depende de los activos en los que estén materializadas las provisiones técnicas del contrato de seguro. Si los activos son aquellos en los que las rentas imputables a los mismos deben, de acuerdo con el principio del devengo, reconocerse contablemente como ingresos de su titular, la nueva norma de imputación temporal entendemos que es respetuosa con el principio del devengo. En otro caso no lo será. Pensemos que las provisiones técnicas están materializadas en depósitos a plazo. En este caso la nueva regla de imputación temporal no es sino una especificación del principio del devengo, de la misma manera que en su día lo fue la resolución del ICAC concerniente a las participaciones FIAMM. Pensemos que las provisiones técnicas están materializadas en renta variable cotizada. En este caso la diferencia de valores liquidativos representa el aumento de valor de las acciones, magnitud esta que no puede considerarse reconocible contablemente como ingreso en términos del principio del devengo.

Tampoco en relación con la tercera cuestión puede darse una respuesta válida con carácter general. Depende de los activos en los que estén materializadas las provisiones técnicas del contrato de seguro. Así, en el caso de depósitos a plazo, la nueva norma contribuye a la mejor determinación de la base imponible. En el caso de acciones cotizadas sucede lo contrario, ya que se gravarán magnitudes que no pueden ser calificadas como rentas realizadas en el marco de un tributo que nació con la vocación de definir la capacidad económica en torno al resultado contable. ¿Por qué en una cartera de valores cotizados tenidos directamente las plusvalías latentes no se gravan y en una cartera de valores tenida a través de un seguro de vida con derecho a rescate sí? No hallamos respuesta para esta pregunta.

La cuarta cuestión merece una respuesta negativa. Hay una evidente desarmonía entre la nueva norma de imputación temporal y el régimen de las instituciones de inversión colectiva regulado en los artículos 71 y siguientes de la Ley 43/1995. En efecto, si exceptuamos el caso de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales, los partícipes de las mismas sólo tributan cuando transmitan o reembolsen las participaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72.2.a) de la Ley 43/1995, excepto si la institución reparte resultados, lo que no es frecuente, en cuyo caso el partícipe deberá tributar sobre los mismos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72.2.b) de la Ley 43/1995. ¿Por qué en las participaciones de instituciones de inversión colectiva tenidas directamente las rentas latentes no se gravan y, por el contrario, dichas rentas sí se gravan cuando las participa-

ciones son tenidas a través de un contrato de seguro con derecho a rescate? Tampoco hallamos respuesta para esta pregunta. Claro es que el reproche de desarmonía con los artículos 71 y siguientes de la Ley 43/1995 puede constituir, hasta cierto punto, un elogio al nuevo apartado 10 del artículo 19 de la Ley 43/1995, ya que dichos artículos, cuyos mandatos básicos también han sido incorporados a la Ley 40/1998, no son, precisamente, los más logrados de la referida Ley 43/1995.

La comparación del nuevo apartado 10 del artículo 19 con los artículos 71 y siguientes, unos y otros de la Ley 43/1995, es sumamente ilustrativa, porque pone de relieve, con gran fuerza, que todos ellos, el primero por exceso y los segundos por defecto, se apartan de los principios que inspiran la determinación mercantil del resultado contable.

El nuevo apartado 10 del artículo 19 disuadirá a las entidades que deseen diferir fiscalmente la tributación de la renta derivada de sus colocaciones financieras de concertar los contratos de seguro denominados *unit linked*, pero dichas entidades no por ello verán frustrado su objetivo de diferimiento, porque la propia Ley 43/1995 les ofrece el camino a seguir en base a lo previsto en los artículos 71 y siguientes, probablemente a través de una inversión basada en la combinación de varias instituciones de inversión colectiva.

El nuevo apartado 10 del artículo 19 tendrá escasa o nula aplicación, porque las entidades difícilmente incurrirán en el supuesto de hecho del mismo. Sin embargo, desde el punto de vista de la futura evolución del Impuesto sobre Sociedades tiene una gran importancia porque desvela un conjunto de problemas muy importantes vinculados a la correcta aplicación del principio del devengo, y, en cierto modo, señala, en sentido contrario, el camino a seguir, que no es otro que el del perfeccionamiento de las normas contables que desarrollan y concretan el principio del devengo y la abstención del legislador fiscal, al menos mientras la formación de la base imponible sobre el núcleo del resultado contable continúe siendo un valor apreciado, como lo fue en 1995, tanto para el grupo parlamentario del Gobierno como para el de la oposición.

2.2. Técnica de integración de la diferencia en la base imponible.

La norma de integración en la base imponible consta de dos mandatos que se complementan:

- Integración en la base imponible de la diferencia entre el valor liquidativo de los activos afectos a la póliza, al final y al comienzo de cada período impositivo.
- Minoración de las rentas derivadas de la percepción de cantidades contractuales en el importe de las rentas previamente imputadas.

Ambas reglas de integración de la renta en la base imponible se complementan. La primera determina una renta imputada y la segunda evita que, con ocasión de la liquidación, total o parcial, del contrato, la renta imputada vuelva a tributar.

Puede apreciarse que ambas reglas son heterogéneas. La primera responde a una aplicación fiscal basada en la técnica contable derivada del principio del devengo, y la segunda es propia de la transparencia fiscal. Esta heterogeneidad no tiene trascendencia alguna si la primera regla se matiza en el sentido de que la renta que se integra en la base imponible no es exactamente la diferencia entre los valores liquidativos, inicial y final, sino dicha diferencia minorada, en su caso, en el importe de las primas intermedias pagadas.

La homogeneidad de ambas reglas hubiera requerido adoptar la técnica propia de la transparencia fiscal, es decir, imputación de rentas definidas en la sociedad transparente y consideración de las mismas como valor de titularidad (art. 75 Ley 43/1995), o bien las propias de la técnica contable del devengo, es decir, diferencia entre el valor liquidativo y el valor de adquisición incrementado en el importe de las rentas previamente integradas en la base imponible (art. 74 Ley 43/1995).

2.3. Contratos de seguro concertados para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987.

La regla de imputación temporal prevista en el nuevo apartado 10 del artículo 19 de la Ley 43/1995 no se aplica respecto de los seguros que instrumenten compromisos por pensiones para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987.

Esta exclusión es totalmente lógica, porque aun cuando la entidad tomadora tenga derecho de rescate, las rentas que genera el seguro de vida serán aplicadas, en unión a las primas pagadas, a la satisfacción de los compromisos por pensiones asumidos por aquella frente a sus trabajadores.

Nótese, por otra parte, que este tipo de contratos podrá ser utilizados por las empresas para instrumentar compromisos por pensiones que incorporan la contingencia de jubilación en la modalidad de aportación definida y otra contingencia de prestación definida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.4 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, de manera tal que, en definitiva, el riesgo de la inversión aunque formalmente sea asumido por el tomador, sustancialmente recae sobre las personas a quienes se vinculan las prestaciones ya que al tratarse de planes de aportación definida la empresa se libera de toda responsabilidad una vez que paga las primas correspondientes.

3. Período impositivo.

3.1. Descripción de los nuevos supuestos de conclusión del período impositivo.

El artículo 3.Dos de la Ley 55/1999 ha añadido dos nuevas letras, c) y d), al apartado 2 del artículo 24 de la Ley 43/1995, al objeto de establecer dos nuevos supuestos de conclusión del período

do impositivo. Los dos supuestos tienen en común que se originan por causa de la transformación de una entidad jurídica, y se diferencian en las consecuencias fiscales que se derivan de dicha transformación.

Los nuevos supuestos de conclusión del período impositivo son los siguientes:

- Transformación en una entidad no sujeta al Impuesto de Sociedades.
- Transformación en una entidad que tributa a un tipo de gravamen diferente o en régimen tributario especial.

La distinción legal entre ambos no se debe a que presenten diferencias sustanciales, sino al diverso tratamiento que, como veremos, se da a las plusvalías latentes acumuladas hasta el momento de la transformación.

La transformación de entidades jurídicas nunca había sido considerada por el legislador fiscal, hasta el presente, como un supuesto determinante de la conclusión del período impositivo. Únicamente si como consecuencia de la transformación se liquidaba la cuenta de resultados se producía la conclusión del período impositivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.a) de la Ley 61/1978 y en el artículo 12.2. del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades de 1967.

La determinación del hecho de la liquidación de la cuenta de pérdidas y ganancias nunca fue pacífica en los procesos de transformación, y menos todavía a raíz de la reforma mercantil operada por la Ley 19/1989, ya que la doctrina en relación con la naturaleza de los balances exigidos por los artículos 227 y 231 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no ha sido unánime, si bien parece mayoritaria la que les asigna una función informativa, en cuyo caso no existiría una auténtica liquidación de la cuenta de pérdidas y ganancias.

La Ley 43/1995 puso fin a esa situación de inseguridad ya que suprimió la liquidación de la cuenta de resultados como causa de conclusión del período impositivo.

La reforma del artículo 24.2 de la Ley 43/1995, mediante la incorporación de dos nuevos supuestos de conclusión del período impositivo basados en el acto jurídico de la transformación, no supone un cambio radical de lo establecido en relación con los efectos de la misma sobre el período impositivo por la redacción original de la Ley 43/1995, de manera tal que, con carácter general, la transformación no implica la conclusión del período impositivo, y tan sólo en tres supuestos, realmente excepcionales, y uno de ellos de restringida viabilidad jurídica, sí la implica.

Es importante advertir que el legislador fiscal establece como supuesto de hecho de la conclusión del período impositivo a «...la transformación de la forma jurídica de la entidad...», de manera tal que los actos jurídicos no susceptibles de ser calificados como transformación no determina-

rán la conclusión del período impositivo, aunque, y esto es importante, como consecuencia de los mismos se produjere una modificación del tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial.

Sabido es que no existe un concepto jurídico-positivo de la transformación, limitándose los artículos 223 a 232, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a regular los aspectos básicos del acto jurídico de transformación. La doctrina, en base a los citados artículos, ha definido la transformación como «...el cambio que experimenta en la forma una sociedad mercantil en virtud del proceso transformador...»⁹, de aquí que se excluya del concepto transformación a «...cualquier otra alteración de su estructura (de la sociedad), tal como el cambio de objeto, de organización, de nacionalidad...»¹⁰. En consecuencia un cambio de objeto social, incluso mediando una reordenación patrimonial, no tendrá la consideración de transformación y, por lo tanto, no determinará la conclusión del período impositivo.

3.2. Transformación en una entidad no sujeta al Impuesto de Sociedades.

3.2.1. Transformación en sociedad civil.

El artículo 10.1 de la Ley 40/1998 y el artículo 6 de la Ley 43/1995 establecen que es aplicable el régimen de atribución de rentas a «...las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes...», y el apartado 4 del artículo 10 de la Ley 40/1998, establece que «...las entidades en régimen de atribución de rentas no estarán sujetas al Impuesto sobre Sociedades».

Si tenemos en cuenta que la transformación implica una mutación de formación social, de manera tal que un tipo social sustituye a otro tipo social, debemos concluir que la hipótesis contemplada en la nueva letra c) del artículo 24.2 de la Ley 43/1995 consiste en la transformación de la que resulta el tipo social de sociedad civil.

Sabido es que a raíz de la incorporación al texto del Código Civil de los artículos 1.669 y 1.670, a propuesta de don Germán GAMAZO, la doctrina ha venido debatiendo respecto de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y de la distinción entre sociedad civil y mercantil. Este debate, inevitablemente, ha afectado al Impuesto sobre Sociedades, habida cuenta que, a partir de la reforma de 1978, ha delimitado el círculo de la sujeción pasiva en base al dato de la personalidad jurídica. Las incertidumbres respecto del dato de la personalidad jurídica de las sociedades civiles determinaron al legislador fiscal a someter todas ellas al régimen de atribución, es decir, «...tengan o no personalidad jurídica...».

⁹ Cita tomada de «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas», pág. 8 del Tomo VII.

¹⁰ *Ídem*.

Los efectos del régimen de atribución se describen de manera lacónica pero inequívoca en el artículo 10.2 de la Ley 40/1998: «Las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes». En virtud del referido mandato los socios de las sociedades civiles incorporarán a su imposición personal las rentas obtenidas por la sociedad civil, y dichas rentas se calificarán en función de la fuente de donde procedan, de manera tal que, por ejemplo, tratándose de plusvalías, tendrán la calificación de ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2.d) de la Ley 40/1998, y tributarán al tipo de gravamen del 20 por 100 en el caso de socios personas físicas y plazos de obtención superiores a dos años, de acuerdo con lo previsto en los artículos 39, 53 y 60 de la Ley 40/1998. En consecuencia, la transformación determina un régimen jurídico-fiscal sustancialmente diferente, de forma tal que, por ejemplo, plusvalías acumuladas por una entidad que estaban llamadas a tributar al 35 por 100 en el momento de su realización y posteriormente, con ocasión de su distribución a los socios, a la escala general y autonómica, con derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, soportarán una tributación muy diferente, tal vez menos gravosa, en virtud del acto de transformación. El mismo razonamiento podría hacerse en relación con otro tipo de rentas. La tributación varía sustancialmente a raíz de la transformación y parece lógico que se concluya un período impositivo.

3.2.2. Momento en que concluye el período impositivo.

El período impositivo concluye «...cuando se produzca la transformación...», de acuerdo con lo previsto en la nueva letra c) del artículo 24.2 de la Ley 43/1995.

La transformación es un proceso que se inicia mediante un acuerdo de la junta general de accionistas (artículo 224 TRLSA), que debe hacerse constar en escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil (artículo 227 TRLSA), entendiéndose la doctrina mercantil que la referida inscripción tiene efectos constitutivos, cerrando así el proceso jurídico de transformación. Consecuentemente, se opina que el período impositivo concluye con el acto de inscripción de la escritura de transformación en el Registro Mercantil.

El efecto fundamental de la conclusión del período impositivo es que el impuesto se devenga (artículo 25 de la Ley 43/1995), debiendo presentar el sujeto pasivo la correspondiente declaración en el plazo de los veinticinco días naturales siguientes a los seis meses posteriores (artículo 142.1 de la Ley 43/1995).

3.2.3. Criterios para la determinación de la base imponible.

¿Cómo se determina la base imponible correspondiente a dicho período impositivo? Salvando la norma que más adelante estudiaremos en relación con las plusvalías latentes, no existen normas especiales, de manera tal que la base imponible deberá determinarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995. ¿De qué resultado contable deberá partirse? El artículo 227 del TRLSA

establece que la escritura de transformación deberá contener el «...balance general cerrado el día anterior al acuerdo... así como el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura...» Pues bien, en este último balance deberá constar el resultado contable obtenido por la entidad hasta ese momento, de manera tal que dicha magnitud deberá ser tomada a efectos de la determinación de la base imponible, con las salvedades y precisiones que más adelante se mencionan.

Vienen entendiendo la doctrina y los tribunales que el balance general cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación no debe ser redactado utilizando los criterios ordinarios de valoración. Ya en base a la legislación mercantil precedente, que en este punto no ha sido modificada sustancialmente, GARRIGUES y URÍA sostenían que «...Por la finalidad que persigue no debe confeccionarse ese balance según el método de confección propio de los balances de fin de ejercicio... sino con arreglo al método peculiar del balance de liquidación...», y una sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1989, en la misma línea consideró que «...los valores dados a los asientos no sean el normalmente empleado, valor de compra, sino los valores actualizados o reales...».

Tanto la doctrina mercantil como la jurisprudencia se fundamenta en la función que, básicamente, ha de cumplir el balance anterior al acuerdo de transformación, a saber, determinar el contenido económico del derecho de separación. Ahora bien, el artículo 38.1.f) del Código de Comercio establece como regla de valoración, sin excepción alguna, la del precio de adquisición, y, además, dicha regla, junto con los restantes principios de contabilidad generalmente aceptados, determinan que las cuentas anuales muestren «...la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa...» (art. 34.2 Código de Comercio). ¿Existe una colisión entre el principio del precio de adquisición y la redacción del balance de transformación según el valor real? A nuestro modo de ver no, siempre que la aplicación del criterio del valor real no influya sobre los balances integrantes de las cuentas anuales. En el caso que nos ocupa, la valoración por el valor real de los elementos patrimoniales que integran el balance general cerrado el día anterior a la adopción del acuerdo de transformación, no perturbaría la correcta aplicación de los artículos 38 y 34.2 del Código de Comercio si los valores reales no trascienden a los libros de contabilidad, sino tan sólo al propio balance que, en este sentido, no procedería tan sólo de los asientos efectuados en los libros de contabilidad, sino también de aplicación directa del criterio de valoración por el valor real o de mercado. Ésta es la forma en como, a nuestro entender, deben armonizarse las previsiones de los artículos 38 y 34.2 del Código de Comercio con las del artículo 227 del TRLSA.

La interpretación precedente tiene evidentes consecuencias, contables y fiscales. Desde el punto de vista contable merece destacarse:

- Que la sociedad resultante del proceso de transformación no tiene un balance inicial, sino que su contabilidad es continuación del proceso contable de la sociedad transformada. Esta conclusión casa perfectamente con la previsión de continuidad de personalidad jurídica contenida en el artículo 228 del TRLSA.
- Que las cuentas anuales de la sociedad resultante del proceso de transformación no recogerán los valores reales de los elementos patrimoniales, sino los valores históricos.

- Que el resultado contable de los balances de transformación incluye tanto el resultado ordinario hasta la fecha, como el importe de las plusvalías latentes. Adviértase que el resultado ordinario no procederá, por lo común, de un cierre de los libros de contabilidad, sino de una regularización extracontable realizada considerando las operaciones reflejadas en los mismos.

Desde el punto de vista fiscal debemos destacar que el resultado contable que ha de tomarse para calcular la base imponible no debe incluir el importe de las plusvalías latentes, ya que no existen, como consecuencia de la reducción y aprobación del balance de transformación, «...revalorizaciones contables... en virtud de normas legales o reglamentarias que obligan a incluir su importe en el resultado contable» (art. 15.1 Ley 43/1995). En efecto, las revalorizaciones contables a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 43/1995 son las que constan y se practican en los libros de contabilidad, pero no aquellas que son ajenas a los mismos.

La anterior conclusión es válida, con carácter general, para los dos supuestos de transformación de sociedades determinantes de la conclusión del período impositivo. Sin embargo, para el supuesto de la nueva letra c) del artículo 24.2 de la Ley 43/1995, debemos tener en cuenta que «...se entenderá que la entidad se ha disuelto con los efectos establecidos en el artículo 15.3 de esta Ley», de manera tal que también deberá integrarse en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales existentes en el momento de la transformación y su valor contable.

3.2.4. Efectos sobre los socios y sobre la sociedad resultante.

Dejando de lado el defecto de sistemática en el que la nueva norma incurre al ubicar en un precepto destinado a la regulación del período impositivo materias que son propias de la base imponible, es lo cierto que el mismo suscita algunas cuestiones de interés, como la concerniente al efecto sobre los socios de la sociedad que se transforma y sobre la sociedad resultante del proceso de transformación.

Para examinar dichos efectos, así como los concernientes a la propia sociedad que se transforma, debemos considerar que el párrafo segundo del artículo 24.2.c) de la Ley 43/1995 contiene una ficción ya que presupone producido un acto jurídico que en realidad no se ha producido para asignarle los efectos fiscales propios del mismo.

¿Hasta dónde se extienden los efectos de la disolución fingida?

Una primera interpretación, apegada a la literatura legal, constriñe los efectos a la determinación de la base imponible de la sociedad que se transforma. No en vano la ficción legal funcionalmente está vinculada «Al objeto de determinar la base imponible correspondiente a este período impositivo...». Por tanto, el efecto evidente y directo es determinar la base imponible de la sociedad que se transforma. Más precisamente, la base imponible correspondiente al período impositivo que finaliza con la transformación.

De acuerdo con esta interpretación el único efecto de la ficción consistiría en que en la base imponible de la sociedad transformada se integraría la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos que integran su patrimonio en el momento de la transformación, es decir, de los que constan en el balance final, y el valor normal contable de los mismos.

Esta interpretación no es satisfactoria porque deja sin resolver el problema de la valoración de los elementos patrimoniales en sede de la entidad resultante de la transformación. Pues bien, entendemos que la ficción de disolución debe abrir paso a la aplicación de la norma del artículo 18 de la Ley 43/1995, a cuyo tenor, cuando un elemento patrimonial hubiere sido valorado por el valor normal de mercado a efectos fiscales, la entidad adquirente «...integrará en su base imponible la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición...». Por aplicación de esta regla la plusvalía latente incluida en la base imponible de la sociedad transformada motivará las correspondientes correcciones negativas en la forma prevista en las letras a), b) y c) del referido artículo 18, al efecto de determinar la base imponible de la entidad resultante de la transformación.

Somos conscientes de que esta interpretación supone extrapolar reglas previstas para sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a sujetos pasivos que tal vez lo sean del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero debe tenerse en cuenta, de una parte, que los efectos de una disolución se proyectan, por la naturaleza de las cosas, sobre la sociedad y los socios, aunque respecto de estos últimos lo sea de manera indirecta, y de otra, que en caso de no aceptarse esta interpretación se produciría doble imposición, ya que los elementos patrimoniales estarán contabilizados en la sociedad resultante de la transformación por el valor contable que tenían en el inventario de la sociedad transformada. Téngase en cuenta, a estos efectos, que la transformación no supone la realización de una transacción, lo que se desprende con toda claridad del artículo 228.1 del TRLSA, a cuyo tenor dicha operación «...no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva».

La disolución también surte efectos sobre los socios ya sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (art. 15.6 Ley 43/1995) o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [art. 35.1.e) Ley 40/1998]. ¿Lo hace también la ficción de disolución del artículo 24.2.c) de la Ley 43/1995?

A nuestro entender la respuesta es negativa, porque el citado precepto concreta que la disolución fingida tendrá «...los efectos establecidos en el artículo 15.3 de esta Ley», siendo sí que los efectos de la disolución respecto de los socios se regulan en el artículo 15.6 de la Ley 43/1995, cuando los mismos son personas jurídicas.

Dejando aparte los alambicados razonamientos de técnica tributaria que tratan de concretar el alcance de una ficción de disolución derivada de una operación de transformación en la que la entidad resultante es una sociedad civil, lo verdaderamente significativo es que, por el hecho de la transformación que, no lo olvidemos, no implica alteración de la personalidad jurídica, se someten a tributación unas plusvalías que, en modo alguno, puedan entenderse realizadas.

Que nosotros sepamos es el único caso en el que las plusvalías meramente latentes se gravarán. Podría haber elegido el legislador la opción de gravar estas plusvalías con ocasión de su realización, como así lo ha hecho en relación con el supuesto de conclusión del período impositivo de la nueva letra d) del artículo 24.2, pero ha preferido una opción más radical, tal vez por ser menos compleja desde el punto de vista de la liquidación del impuesto, pero también más problemática en cuanto que descansa sobre una ficción.

3.2.5. Aplicación temporal de la norma.

Debemos destacar que tanto este supuesto de conclusión del período impositivo, con su inmediata consecuencia de gravar plusvalías latentes, como el que seguidamente se estudiará, «...serán aplicables a partir del día 1 de octubre de 1999», de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria décima de la Ley 55/1999, de manera tal que la norma se aplica a hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigor, que es el día 1 de enero del año 2000, de acuerdo con lo previsto en la disposición final segunda de la referida ley y, lo que es más importante, a períodos impositivos concluidos y por lo tanto a hechos imponibles devengados con anterioridad a su entrada en vigor. No hace falta, en este punto, reproducir las consideraciones que hicimos anteriormente respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la retroactividad de las normas fiscales. Lo verdaderamente destacable es que el legislador fiscal ha concedido una extraordinaria importancia a la modificación del artículo 24 de la Ley 43/1995 hasta el punto de dar a la misma carácter retroactivo.

3.2.6. Transformaciones en sociedad civil posibles.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico, es muy limitada la viabilidad jurídica de la transformación de una sociedad mercantil en una sociedad civil. En este sentido cabe recordar que el artículo 223 TRLSA establece que las sociedades anónimas pueden transformarse en sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada y que «...salvo disposición legal en contrario, cualquier transformación en una sociedad de tipo distinto será nula...», y que el Código de Comercio no establece normas en relación con la transformación de sociedades. Por esta razón el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil supedita la posibilidad de transformación de una sociedad mercantil en otra no mercantil a la previa autorización de una disposición legal. Un caso de transformación en sociedad civil se contiene en el artículo 69.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que autoriza a las sociedades cooperativas a transformarse en sociedades civiles, y otro en el artículo 87.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que autoriza a las sociedades de responsabilidad limitada cuyo objeto no sea mercantil a transformarse en sociedad civil.

En este contexto la retroactividad de la nueva regulación, aparte razones constitucionales, parece desmesurada.

3.3. Transformación en una entidad que tributa a un tipo de gravamen diferente o en régimen tributario especial.

3.3.1. Introducción. Supuestos.

Los supuestos de transformación en una entidad que tributa a tipo de gravamen diferente o en régimen tributario especial son perfectamente posibles, teniendo en cuenta que el artículo 26 de la Ley 43/1995 prevé tipos de gravamen distintos al general para entidades jurídicas que puedan tener la forma jurídica de sociedad mercantil, y que en el Título VIII se prevén regímenes especiales para entidades que también pueden tener la forma de sociedad mercantil.

El artículo 69 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, prevé que «...cualquier asociación o sociedad que no tenga carácter cooperativo y las agrupaciones de interés económico podrán transformarse en una sociedad cooperativa... Asimismo, las sociedades cooperativas podrán transformarse en sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase...». Este tipo de transformaciones incidiría de pleno en la nueva letra d) del artículo 24.2 de la Ley 43/1995, ya que las cooperativas fiscalmente protegidas tributan al 20 por 100, excepto por lo que se refiere a los resultados extracooperativos, que lo hacen al general (art. 26.3 Ley 43/1995).

El artículo 23 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, autoriza a las mutualidades de previsión social y las mutuas y cooperativas de seguros para «...transformarse en sociedades anónimas de seguros...». He aquí otro supuesto de transformación determinante de la aplicación de un tipo de gravamen diferente a la entidad resultante de la transformación, ya que, en efecto, el artículo 26.2.a) de la Ley 43/1995 establece el tipo de gravamen del 25 por 100 para las mutuas de seguros generales. También este supuesto incide de pleno en el supuesto de conclusión del período impositivo previsto en la nueva letra d) del artículo 24.2 de la Ley 43/1995.

El supuesto más inquietante de transformación, desde el punto de vista fiscal, es aquel en el que la entidad resultante es una institución de inversión colectiva, ya que tributa al 1 por 100 de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.5 de la Ley 43/1995. Sin embargo, la viabilidad jurídica de la creación de una institución de inversión colectiva a través de un proceso de transformación es más bien dudosa, porque el artículo 8 de la Ley 46/1984 prevé que las instituciones de inversión colectiva deberán, antes de dar comienzo a su actividad, «...obtener la previa autorización del proyecto de constitución por el Ministerio de Economía y Hacienda... constituirse como sociedad anónima o fondo de inversión, según proceda, e inscribirse en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores... En el Registro Mercantil se inscribirán, conforme al Código de Comercio, las escrituras de constitución de Sociedades mercantiles que tengan la condición de Institución de Inversión Colectiva...».

Puede apreciarse que la norma parcialmente transcrita se refiere al proyecto de constitución y a la escritura de constitución (art. 8 TRLSA), es decir, conceptos propios del acto jurídico de constitución de una sociedad, pero no del acto de transformación, el cual debe estar documentado en la

escritura de transformación a que se refiere el artículo 227 del TRLSA, por más que esta escritura deba contener las menciones de la escritura de constitución propia de la sociedad cuya forma se adopte. En fin, el artículo 8 de la Ley 46/1984 se refiere a la constitución de una sociedad, acto jurídicamente diferenciable de la transformación.

3.3.2. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho de la norma está constituido por la transformación de una sociedad en otra sociedad, derivándose de ello que la sociedad resultante de la transformación deba tributar a un tipo de gravamen diferente o por un régimen tributario especial. Así pues, el supuesto de hecho se integra por dos elementos:

- La transformación.
- La variación en el tipo de gravamen aplicable o, alternativamente, la aplicación de un régimen tributario especial.

El segundo elemento del supuesto de hecho ha de estar en relación de causa a efecto con el primero.

Nótese que, a diferencia de la modificación introducida en el artículo 98.1 de la Ley 43/1995, el supuesto de hecho también se presenta cuando la entidad resultante de la transformación pase a tributar al tipo general de gravamen. Lo importante es la variación del tipo de gravamen, y no el sentido de la variación. Por el contrario, el tránsito de un régimen tributario especial al régimen general como consecuencia de la transformación no determina la conclusión del período impositivo, en tanto que el supuesto inverso sí determina dicha conclusión.

Es importante, por lo tanto, precisar cuándo nos hallamos ante un régimen especial por razón de la forma jurídica de la entidad. La Ley 43/1995 no contiene un concepto de régimen especial por razón de la forma jurídica, aunque regula en su Título VIII los denominados regímenes tributarios especiales.

Pues bien, de todos los regímenes tributarios especiales contenidos en el Título VIII de la Ley 43/1995, entendemos que lo son por razón de la forma jurídica de la entidad, los siguientes:

- Agrupaciones de interés económico, españolas y europeas (artículos 66 y 67).
- Uniones temporales de empresas (artículo 68).
- Instituciones de inversión colectiva que no tienen forma jurídica de sociedad anónima (artículos 71 a 74).

- Entidades parcialmente exentas (artículos 133 a 135).
- Comunidades titulares de montes vecinales en mano común (artículo 135 bis).

También son regímenes tributarios especiales, por razón de forma jurídica, el de las sociedades cooperativas, de la Ley 20/1990, y el de las entidades acogidas a la Ley 30/1994.

3.3.3. Mandato.

El mando es doble:

- La conclusión del período impositivo.
- La división de las plusvalías obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación de transformación, a los efectos de gravar la parte generada con anterioridad a la operación de acuerdo con el tipo de gravamen o el régimen tributario «...que hubiera correspondido a la entidad de haber conservado su forma jurídica originaria...».

La base imponible correspondiente al período impositivo que concluye a causa de la transformación se determina en la forma expuesta en el epígrafe 3.2.3, es decir, sin tomar en consideración las plusvalías que pudieran aflorar en el balance de transformación, y en cuanto al gravamen de las rentas obtenidas en la transmisión de los elementos patrimoniales, a lo dicho en el epígrafe 1.2.2.

4. Transparencia fiscal.

4.1. La asimilación de ciertos dividendos a beneficios empresariales.

El apartado Cinco del artículo 3 de la Ley 55/1999 ha incorporado un segundo inciso al último párrafo del artículo 75.1.a) de la Ley 43/1995, en cuya virtud tendrán la consideración de beneficios empresariales o profesionales o, por mejor decir, se asimilarán a los mismos, los dividendos en los que concurren los siguientes requisitos:

- Que procedan de valores de entidades participadas en, al menos, un 5 por 100, por lo que se refiere a los derechos de voto.

- Que los valores se tengan con la finalidad de dirigir y gestionar la participación. Obsérvese que no es necesario dirigir y gestionar las actividades de la sociedad participada.
- Que la entidad participe cuente, a tal efecto, con la correspondiente organización de medios humanos y materiales.
- Que la entidad participada no tribute en régimen de transparencia fiscal.
- Que los ingresos de la entidad participada procedan, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas en el sentido del artículo 25 de la Ley 40/1998.

La asimilación de estos dividendos a los beneficios procedentes de la realización de actividades empresariales o profesionales tiene por efecto ampliar la posibilidad de adquirir y mantener valores que no tengan tal calificación a efectos de la transparencia fiscal.

Esta norma va a permitir que las entidades «holding» no incurran en transparencia fiscal debido a la acumulación de dividendos con los que se adquieren valores que, en ausencia de la nueva norma, tendrían la consideración de tales a efectos de la transparencia fiscal. Es decir, permite escapar del régimen de transparencia fiscal a entidades «holding» que reinvierten los dividendos percibidos en obligaciones, bonos, Deuda Pública, renta variable con participación inferior al 5 por 100... Por el contrario, la nueva norma es indiferente en relación con las entidades «holding» que aplican los dividendos obtenidos a la adquisición de valores de renta variable que otorguen derechos de voto, al menos, del 5 por 100, ya que estos valores, por sí mismos, no tienen tal consideración a efectos de la transparencia fiscal.

4.2. Valoración de la norma.

La reducción del perímetro de la transparencia fiscal en la imposición directa sobre la renta no es una noticia preocupante, habida cuenta que la Ley 40/1998 ha acercado el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades al marginal máximo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y que la tributación de las rentas del capital, a cuyo ámbito material pertenecen básicamente las normas sobre transparencia fiscal, ofrece ciertas tributaciones privilegiadas fácilmente accesibles. Por otra parte, facilitar el desenvolvimiento de las entidades «holding» domésticas debe considerarse positivo. Finalmente, no cabe duda que un dividendo nutrido, básicamente, por beneficios derivados de actividades económicas puede ser asimilado, sin violencia, a una renta de fuente empresarial y profesional. Añádese a esto que la nueva norma pone claridad en un punto que necesitaba de ella, y tendremos razones suficientes para valorarla de manera positiva.

Es el caso, sin embargo, que la condición de sociedad sometida al régimen de transparencia fiscal tiene una importancia decisiva en relación con la exención prevista en el artículo 4.Ocho de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, y consecuentemente en la boni-

ficación del 95 por 100 prevista en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, están exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio las participaciones en entidades que, entre otros requisitos, realicen «...de manera efectiva una actividad económica y no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario... una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y... realiza una actividad económica cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995... dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores...» [art. 5.1.a) Real Decreto 1704/1999].

La remisión que al artículo 75 de la Ley 43/1995 hace la norma reglamentaria permite interpretar que los valores a que esta última se refiere son aquellos que tienen tal consideración a efectos de la transparencia fiscal. Por lo tanto, la norma introducida en el referido artículo 75 por la Ley 55/1999 ensancha la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

La conclusión precedente gana más fuerza si tenemos en cuenta que otro requisito de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio es que en la entidad participada no «...concurran los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995...».

La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las denominadas participaciones empresariales, y su repercusión en la configuración de la bonificación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, es uno de los fenómenos tributarios más aleccionadores de los últimos años. Introducida por la Ley 22/1993, ha visto crecer su campo de aplicación de manera progresiva a través de las llamadas leyes de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado. Y ahora, como ya hemos visto, la modificación del artículo 75.1.a) de la Ley 43/1995 supone un paso más en ese sentido. Tan feliz devenir se vio transitoriamente ensombrecido por el segundo párrafo del artículo 5.1.a) del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, el cual ha anudado al supuesto de hecho de la posesión de valores de renta variable la no realización de una actividad de gestión de un patrimonio mobiliario y, por tanto, la realización de una actividad económica cuando, «...disponiendo directamente al menos del 5 por 100 de los derechos de voto (la entidad) dirige y gestiona el conjunto de las actividades económicas... mediante la correspondiente organización de medios...». El requisito de dirigir y gestionar el conjunto de las actividades económicas de la sociedad participada amenazaba con llevar al fracaso un buen número de planteamientos de disfrute de la exención basados en entidades «holding» desprovistas de una función de dirección y gestión sobre las entidades participadas. Setenta días más tarde el Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, suprimía el referido segundo párrafo por entender que el mismo no había «...considerado convenientemente el texto de dicha Ley, en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre...».

Los hechos son sagrados, la opinión es libre. Así reza el lema de quienes vocacionalmente relatan los episodios socialmente sobresalientes o simplemente curiosos, y éste sin duda lo es, aunque, claro está, en la parcela que de lo social ocupa lo fiscal. Para unos se habrá suprimido un requisito coherente con la noción de actividad económica, legalmente exigida para configurar la exen-

ción en el Impuesto sobre el Patrimonio, y verán en ello un retroceso inadmisibles, en tanto que otros verán en la contundente y rápida supresión una muestra de la diligencia del titular de la potestad reglamentaria por expulsar las normas irregulares del sistema tributario. Estamos obligados a preferir esta última interpretación, sin mayor averiguación. Porque, además, lo relevante del caso no es la peripezia normativa, sino indagar en el verdadero fundamento de la exención de las denominadas participaciones empresariales, lo que excede del objeto de la presente colaboración.

5. Investigación científica e innovación tecnológica.

El apartado Tres del artículo 3 de la Ley 55/1999 ha dado nueva redacción al artículo 33 de la Ley 43/1995, con el objetivo de incorporar, junto a la deducción ya existente de I+D, la relativa a la innovación tecnológica. Al tiempo, determinados aspectos de la deducción por I+D se modifican.

5.1. Concepto de I+D.

La redacción original del artículo 33 de la Ley 43/1995 definía el I+D de manera doble ya que, en efecto, a una definición de carácter positivo solapaba otra de carácter negativo.

La nueva redacción sigue la misma técnica, aunque ha introducido algunas matizaciones.

Por lo que se refiere a la definición positiva, se especifica que constituye desarrollo «...la materialización de los resultados de la investigación en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyecto piloto, siempre que los mismos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial...».

A nuestro entender esta especificación no añade nada nuevo a la definición de desarrollo, de manera tal que ya bajo la redacción original del precepto dicha actividad podía considerarse como desarrollo.

Sí es, por el contrario, una novedad, la consideración como actividad de investigación y desarrollo «...la concepción de "software" avanzado, siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas o algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos...». Con la redacción original la confección de programas para equipos electrónicos se excluía expresamente del concepto de I+D [antigua letra b) del art. 33.3 de la Ley 43/1995]. Continúan sin tener la consideración de I+D «...las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el "software"».

5.2. Concepto de innovación tecnológica.

El concepto de actividad de innovación tecnológica se define, al igual que la actividad de I+D, de manera positiva y negativa.

La definición positiva considera actividad de innovación tecnológica a «...la actividad cuyo resultado es la obtención de nuevos productos o procesos de producción, o de mejoras sustanciales, tecnológicamente significativas, de los ya existentes...». La definición se centra en la actividad de obtener algo nuevo, sea un producto o un proceso de producción. Por eso el legislador hace un esfuerzo para definir lo nuevo: «Se considerarán nuevos aquellos productos o procesos cuyas características o aplicaciones desde el punto de vista tecnológico, difieran sustancialmente de las existentes con anterioridad».

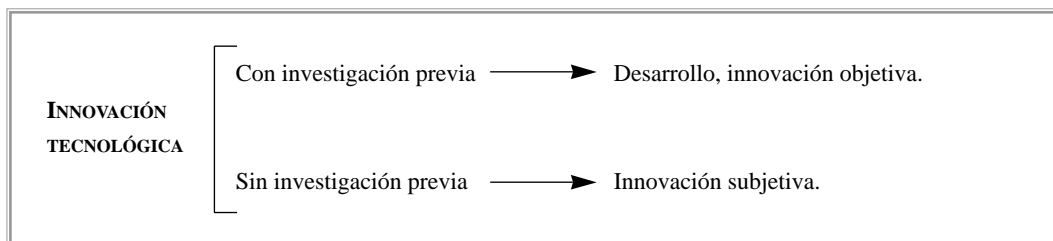
La definición positiva de innovación tecnológica se aproxima bastante a la de desarrollo. Sin embargo es posible diferenciarlas, con cierta seguridad, siempre que se entienda que la actividad de desarrollo es una continuación de la de investigación. De esta manera la innovación tecnológica se clasificaría en dos grupos: la que procede de una investigación previa realizada por la empresa y aquella otra que se origina en el seno de una actividad que no ha sido precedida de investigación.

Es muy consciente el legislador del posible solapamiento de la innovación tecnológica con el desarrollo ya que del primer párrafo del apartado 3 del artículo 33 se desprende, con claridad, que las actividades de innovación tecnológica pueden estar comprendidas en el apartado 2 (I+D) o en el propio apartado 3 (innovación tecnológica). Pero este solapamiento se puede salvar aplicando el criterio antes expuesto.

Una cuestión que no queda clara en la norma, pero que tal vez pueda resolverse con el criterio expuesto, consiste en el carácter de la novedad. ¿Es una novedad objetiva? ¿Es una novedad para la propia empresa que realiza la actividad aunque no lo sea objetivamente considerada?

Para obtener algún producto objetivamente nuevo parece que es necesario realizar una labor de investigación previa, de manera tal que nos inclinamos por considerar que hay novedad aunque sólo sea para la empresa que realiza la actividad de innovación tecnológica.

En este sentido podríamos diseñar el siguiente esquema:



Supuesto que el esquema precedente responda a una acertada interpretación de la norma, la dificultad estriba en determinar la previa existencia de un proceso de investigación, si bien tal dificultad ha de ser menor que la de distinguir entre la innovación tecnológica subjetiva y objetiva.

5.3. Delimitación negativa del I+D y de la investigación tecnológica.

El apartado 4 del artículo 33 delimita de manera negativa los conceptos positivos que de I+D y de innovación tecnológica se contienen, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del mismo. Supuesto que ambas actividades sean cualitativamente diferentes, como así parece, la delimitación negativa, ciertamente útil, hubiera debido regularse de manera separada. Por lo demás, el apartado 4 es, en lo esencial, heredero del antiguo apartado 3 del artículo 33, aunque introduce algunas novedades y, sobre todo, registra notables supresiones motivadas por la incorporación al incentivo de la actividad de innovación tecnológica, de manera tal que la verdadera significación y función del nuevo apartado 4, es decir, de la delimitación negativa, está pensada más bien en relación con la innovación tecnológica que con las actividades de I+D.

En este sentido, se registran las siguientes supresiones respecto de la normativa precedente:

- La supervisión de ingeniería.
- El diseño de procesos, sistemas, herramientas, utensilios, montajes, moldes y troqueles.
- La ingeniería de diseño.
- Los servicios legales y administrativos, si bien creemos que esta supresión no tiene eficacia práctica.
- La confección de programas para equipos electrónicos.

5.4. Gastos afectos a las actividades de I+D y de innovación tecnológica.

El apartado 5 del artículo 33 contiene una regla general de afectación de los gastos a las actividades de I+D y de innovación tecnológica que es fiel reproducción de la establecida en el antiguo apartado 4. Esta regla continúa conservando toda su efectividad práctica en relación con los gastos de I+D. Sin embargo, respecto de los gastos de innovación tecnológica tiene escasa significación, porque el apartado 3 del artículo 33, además de definir la actividad de innovación tecnológica, establece la base de cálculo de la deducción, que no es sino el importe de los gastos afectos a la actividad.

5.5. Lugar de realización de la actividad.

Continúa siendo preciso, para disfrutar del incentivo fiscal, que la actividad de I+D y la de innovación tecnológica, se desarrollen en España, si bien también forma parte de la base de cálculo de la deducción el importe de los gastos de las referidas actividades realizadas en el exterior «...cuando la actividad de investigación y desarrollo principal se efectúe en España y no sobrepase el 25 por 100 del importe invertido». En este punto nada ha cambiado en relación con las exigencias de territorialidad previstas en la redacción original del artículo 33 posteriormente dulcificadas por la Ley 13/1996.

5.6. Base de cálculo de la deducción.

Como regla general la base de cálculo de la deducción es el importe de los gastos efectuados en el período impositivo imputables o afectos a la actividad de I+D o de innovación tecnológica. Esta regla general apenas tiene eficacia práctica en relación con la innovación tecnológica, ya que el apartado 3, como ya hemos dicho anteriormente, establece expresamente la base de cálculo. En realidad, la delimitación de la base de cálculo, en la forma que seguidamente veremos, hace, en gran parte, superfluas las normas relativas a la definición de innovación tecnológica y las de carácter general relativas a la base de cálculo, exceptuadas las concernientes a la territorialidad.

La base de cálculo de la deducción por innovación tecnológica está constituida por los siguientes conceptos:

- Proyectos cuya realización se encargue a Universidades, Organismos Públicos de Investigación o Centros de Innovación y Tecnología, reconocidos y registrados como tales por el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre.

Estos proyectos deben tener por objeto la innovación tecnológica, dado que si tuvieran por objeto proyectos de investigación y desarrollo, la deducción que procedería sería la correspondiente a este concepto. En este sentido es especialmente esclarecedor el artículo 2.º del Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre, que enumera un conjunto de actividades de los centros de innovación y tecnología, cuya misión es «...el desarrollo y fortalecimiento de la capacidad competitiva de las empresas que actúan en territorio español...», a cuyo efecto desarrollan diferentes actividades, entre ellas «proyectos de investigación y desarrollo tecnológico», es decir I+D, pero también «atención a las necesidades tecnológicas de las entidades y empresas que lo requieran», es decir, innovación tecnológica.

- Diseño industrial e ingeniería de procesos de producción.

Se incluyen en este concepto «...la concepción y la elaboración de planos, dibujos y sopor-tes destinados a definir los elementos descriptivos, especificaciones técnicas y características de funcionamiento necesarios para la fabricación, prueba, instalación y utilización de un producto».

¿Ha de ser dicho producto «nuevo»? Desde luego esa característica es la que mejor se adecua a la definición de innovación tecnológica contenida en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 33, o, al menos, que sin ser estrictamente nuevo incorpore «...mejoras sustanciales, tecnológicamente significativas...».

- Adquisición de tecnología avanzada en forma de patentes, licencias, «know-how» y diseños.

Nada tiene que ver la adquisición de tecnología avanzada con la realización de actividades de innovación tecnológica. Quien compra una patente no está realizando gastos de innovación tecnológica. Tal vez por ello la norma limita la base de deducción por este concepto a 50 millones de pesetas anuales.

Debe notarse que los pagos que forman parte de la base de cálculo son contraprestaciones por la adquisición de los referidos elementos de la propiedad industrial, de manera tal que los cánones arrendaticios no forman parte de la base de cálculo de la deducción.

Con buen criterio, los pagos a persona o entidades vinculadas no forman parte de la base de cálculo.

- Obtención del certificado de cumplimiento de las normas de aseguramiento de la calidad.

Se trata de las normas de serie ISO 9.000 GMP o similares, sin incluir los gastos correspondientes a la implantación de dichas normas. Tampoco parece que este concepto responda a la actividad de innovación tecnológica.

La base de cálculo de la deducción por I+D está constituida por el importe de los gastos afectos a dicha actividad efectuados en el período impositivo. Dentro de la misma es preciso distinguir tres componentes:

- El que denominamos general.
- Los gastos de personal investigador cualificado adscrito exclusivamente a actividades de investigación y desarrollo.
- Los gastos correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo contratados con Universidades, Organismos públicos de Investigación o Centros de Innovación y Tecnología, reconocidos y registrados como tales según el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre.

La razón de esta distinción radica en que los gastos de los dos últimos componentes motivan una deducción complementaria.

5.7. Porcentajes de deducción.

Los porcentajes de deducción son diferentes según que se trate de I+D o de innovación tecnológica.

5.7.1. I+D.

Porcentaje general: 30 por 100 (anteriormente 20%).

Porcentaje incrementado: 40 por 100, sobre gastos personal cualificado y gastos de proyectos de inversión con entidades cualificadas (anteriormente 20%).

Porcentaje sobre incrementos: 50 por 100 (anteriormente 40%).

5.7.2. Innovación tecnológica.

Porcentaje general: 10 por 100.

Porcentaje incrementado: 15 por 100, sobre gastos de proyectos de innovación con entidades cualificadas.

5.8. Límite de deducción.

La deducción del artículo 33 de la Ley 43/1995 está sometida al límite conjunto y único del artículo 37, es decir, al 35 por 100 de la cuota íntegra minorada en las deducciones por doble imposición y en las bonificaciones. Sin embargo, este límite se eleva hasta el 45 por 100 «...cuando el importe de la deducción prevista en este artículo (33) y que corresponda a gastos efectuados en el propio período impositivo exceda del 10 por 100 de la cuota íntegra, minorada en el importe de las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones», todo ello de acuerdo con lo previsto en el apartado 6 del referido artículo 33.

La elevación del límite se produce aun cuando no medien otras deducciones del Capítulo IV del Título IV de la Ley 43/1995, pero una vez que se produce el supuesto de hecho determinante de la elevación la misma aprovecha a la totalidad de las deducciones, tanto del ejercicio como procedentes de períodos impositivos anteriores, sometidas al límite del artículo 37. No estamos, por tanto, ante un límite propio de las deducciones del artículo 33, sino ante el límite del artículo 37, que sufre una elevación cuando las deducciones del artículo 33 alcanzan una determinada relación, el 10 por

100, en relación con la base de cálculo del artículo 37. Por lo tanto, hubiera sido más correcto, desde el punto de vista sistemático, regular esta especialidad del límite del artículo 37 mediante una modificación del mismo.

5.9. Acuerdos previos de valoración.

La dificultad de determinar los supuestos de hecho constitutivos de la actividad de I+D o de innovación tecnológica ha motivado la incorporación al artículo 33 de un nuevo apartado 7, en virtud del cual el sujeto pasivo podrá «...solicitar a la Administración Tributaria la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo...».

El antecedente más remoto de las valoraciones previas a la presentación de la declaración, en relación con elementos determinantes del hecho imponible o de su valoración, son los planes especiales de amortización, pero el de mayor significación porque, sin disputa, ha abierto y señalado un camino, son las propuestas para la valoración de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas del artículo 16.6 de la Ley 63/1995. Posteriormente el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, estableció una previsión general a concretar en las leyes o reglamentos propios de cada tributo, y con base a tal fundamento legal la disposición adicional segunda del Real Decreto 214/1999 reglamentó los acuerdos previos de valoración en materia de retribuciones en especie del trabajo personal. El Real Decreto 2060/1999, de 30 de diciembre, ha incorporado un nuevo Capítulo V bis y un nuevo artículo 28 bis al Real Decreto 537/1997, al objeto de regular el procedimiento para la valoración previa de gastos correspondientes a proyectos de investigación científica o de innovación tecnológica. Este procedimiento adopta la estructura de los ya establecidos en el citado Real Decreto 537/1997, con las especialidades propias de la materia.

También con la finalidad de reforzar la seguridad jurídica, las consultas que versan sobre el artículo 33 de la Ley General Tributaria tendrán la consideración de vinculantes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 de la Ley General Tributaria.

La vía de la valoración previa y de la consulta vinculante son compatibles, aunque, en cierto modo, dependiendo del alcance de esta última, podrían solaparse. Pero esto no reviste inconveniente práctico. La contestación a una consulta de carácter vinculante obliga a la Administración Tributaria a aplicar al consultante los criterios expresados en la contestación, y aunque normalmente dicha obligación deba cumplirse en el curso del procedimiento de comprobación, nada obsta a que su cumplimiento también proceda en el seno de un procedimiento de valoración previa.

El nuevo procedimiento de valoración previa de gastos correspondientes a proyectos de investigación científica o de innovación tecnológica es un paso más en la línea de entendimiento previo entre la Hacienda Pública y el contribuyente, reabierta tímidamente con el retorno de las consultas

vinculantes según lo previsto en el artículo 107 de la Ley General Tributaria en la redacción de la Ley 25/1995, impulsada fuertemente por el artículo 16.6 de la Ley 43/1995 y potencialmente generalizada por el artículo 9 de la Ley 1/1998. Éste es un buen camino, ya que de la lealtad y transparencia que lo adornan sólo cabe esperar el florecimiento de la seguridad jurídica y la decadencia de lo inoficioso.

6. Compensación de bases imponibles negativas.

6.1. Extensión del plazo de compensación de diez años a supuestos particulares.

La disposición final segunda de la Ley 40/1998 dio nueva redacción a los apartados 1, 3 y 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995, al objeto de ampliar el plazo de compensación de bases imponibles negativas a diez años, estableciendo, además, a cargo del sujeto pasivo la obligación de acreditar el derecho a la compensación «...mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales...», aunque las pérdidas correspondieren a un período impositivo no susceptible de comprobación.

La ampliación del plazo de compensación a diez años, con carácter general, ha motivado, como por otra parte parecía inevitable, idéntica ampliación en los casos particulares de las sociedades transparentes (artículo 75.3 Ley 43/1995), los grupos de sociedades (artículo 95. Seis Ley 43/1995), la regularización de pérdidas de los establecimientos permanentes (artículo 106 Ley 43/1995) y, finalmente, de las sociedades cooperativas (artículo 24 Ley 20/1990). Las tres primeras modificaciones son simple adaptación de la modificación del artículo 23 efectuada por la Ley 40/1998 a determinados casos particulares. Por el contrario, la relativa a las cooperativas, aunque también trae su causa de la modificación del citado artículo 23, incorpora novedades dignas de mención, que seguidamente estudiamos.

En las cooperativas acogidas a la Ley 20/1990, la liquidación del Impuesto de Sociedades se practica de manera diferente a como se hace en el régimen general debido a la distinción entre resultados cooperativos y extracooperativos a los efectos de la determinación de la base imponible (artículo 16 Ley 20/1990), de donde se deriva, en un plano lógico que la norma recoge, la dualidad de tipo de gravamen (artículo 26 Ley 43/1995), lo que, finalmente, determina una cuota íntegra que es la suma algebraica de las cantidades resultantes de aplicar a las bases imponibles, positivas o negativas, los tipos de gravamen correspondientes (artículo 23 Ley 20/1990), de manera tal que cuando la referida suma algebraica resulte negativa, su importe «...podrá compensarse por la cooperativa con las cuotas íntegras positivas de los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos...» (artículo 24.1 Ley 20/1990, según redacción establecida por el artículo 4 de la Ley 55/1999).

La nueva redacción tiene efectos «...para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero del año 2000...», de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 55/1999, y no existiendo una norma de carácter retroactivo, similar a la contenida en la disposición transitoria duodécima de la Ley 40/1998, en cuya virtud el nuevo plazo de compensación de diez años aprovecha también a las bases impositivas negativas pendientes de compensación al inicio del período impositivo al que sea de aplicación la Ley 40/1998, es decir, 1999, debemos entender que el nuevo plazo de compensación únicamente es de aplicación para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero del año 2000. Se crea así una discriminación que, en alguna forma, queda atemperada porque el régimen fiscal de las cooperativas es, en su conjunto, muy beneficioso por relación al régimen general.

6.2. *Facultades de comprobación de la Administración tributaria.*

Pero, sin duda, la mayor novedad se encuentra en las facultades de comprobación que se otorgan a la Administración tributaria, la cual «...A los solos efectos de determinar los importes compensables... podrá comprobar las declaraciones y liquidar las cuotas negativas correspondientes aunque haya transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 64 de la Ley General Tributaria».

Cabe desgranar las siguientes conclusiones de esta norma:

- Que la Administración tributaria puede comprobar las declaraciones de las que se derivan las cuotas tributarias negativas, cuya compensación pretende el sujeto pasivo.
- Que dicha comprobación podrá realizarse incluso cuando las citadas cuotas tributarias negativas correspondan a períodos impositivos respecto de los que ha prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
- Que la referida comprobación podrá finalizar con la liquidación de una cuota tributaria negativa, diferente de la declarada.
- Que la nueva cuota tributaria negativa únicamente tendrá eficacia en relación con la compensación de pérdidas pretendida por el sujeto pasivo.

La comprobación versa sobre hechos producidos en períodos impositivos ya prescritos, pero que deben surtir efectos en otro período impositivo no prescrito. Estamos pues ante una comprobación del período prescrito, pero que solamente tendrá efectos en relación con el período impositivo no prescrito en el que se pretenda hacer valer la compensación. Por tanto, si de la comprobación resultase una cuota íntegra positiva, no tendrá otra eficacia que la de impedir la compensación de pérdidas, pero no podrá exigirse el ingreso de la misma.

Debe notarse que la norma concede a la Administración tributaria la potestad de comprobar hechos relativos a períodos impositivos ya prescritos. Es importante resaltar este aspecto, porque el artículo 23.5 de la Ley 43/1995 para nada se refiere a la potestad de comprobar. La comprobación es una potestad de la Administración tributaria (artículo 109 de la Ley General Tributaria), que se ejerce por la Inspección de los Tributos (artículo 140 de la Ley General Tributaria), respecto de la que el sujeto pasivo se halla en una situación jurídica compuesta de deberes y derechos. Entre estos deberes se halla el de «...llevar y conservar los libros de contabilidad... y a proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible» (artículo 35 de la Ley General Tributaria), que se corresponde con la forma en como debe ejercitarse la potestad de comprobación, esto es, «...mediante el examen de documentos, libros, ficheros, facturas, justificantes y asientos de contabilidad...» (artículo 110 de la Ley General Tributaria).

Por tanto, el sujeto pasivo no podrá alegar el transcurso del plazo de seis años para la conservación de «...los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio...» establecido en el artículo 30 del Código de Comercio, para negarse a la aportación de la referida documentación contable, y si así lo hiciera, la Administración tributaria no debería admitir la compensación de pérdidas.

Cuestión diferente es la concerniente a la infracción que pudiera haberse cometido. En relación con la infracción del artículo 79.c) de la Ley General Tributaria, parece claro que, una vez transcurridos cuatro años desde el momento en el que se cometió la infracción, ya no está viva la acción para imponer una sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la Ley General Tributaria. Más dudoso es que lo mismo quepa afirmar en relación con la infracción del artículo 79.a) de la Ley General Tributaria.

La infracción del artículo 79.a) consiste en «...dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria...». Esta infracción se comete en el período impositivo en el que se produce la compensación de las pérdidas, aun cuando la incorrecta determinación de las mismas se produjo en un período impositivo anterior. Es cierto que la sanción de la infracción del artículo 79.c) está concatenada con la del artículo 79.a), de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 de la Ley General Tributaria, que declara a la primera deducible de la segunda, pero de ahí no debe inferirse que la prescripción de aquella inhabilita la imposición de ésta.

De acuerdo con lo expuesto, el alargamiento del plazo de compensación de bases imponibles negativas, tal y como se regula en el artículo 24.1 de la Ley 20/1990, implica en cierto modo también, aunque con efectos limitados, el alargamiento del plazo de prescripción, en la medida en que la comprobación de hechos producidos hasta diez años antes del período impositivo que se comprueba surte efectos en el mismo, incluso en el ámbito sancionador. Hasta el presente, la Inspección de los Tributos podía rechazar la compensación de la base imponible negativa, si el sujeto pasivo no la acreditaba suficientemente, pero era cuando menos dudoso que pudiera efectuar una comprobación en sentido propio sobre la misma, aun limitando los efectos de la comprobación a la compensación. Ahora, al menos en el ámbito de las cooperativas, la Inspección de los Tributos puede com-

probar el importe de la base imponible negativa y liquida las cuotas negativas correspondientes. Es decir, no se limita a rechazar una partida porque la acreditación de la misma a cargo del contribuyente ha sido insuficiente, sino que comprueba hechos y aplica las normas pertinentes para determinar el importe a compensar. Y todo ello, además, tiene evidentes repercusiones en el ámbito de la potestad sancionadora, según hemos visto.

La nueva redacción del artículo 24.1 de la Ley 20/1990 es clara y precisa en lo concerniente a la potestad de comprobación de la Administración Tributaria, poniéndose luz en una materia que andaba muy necesitada de ella. Por lo mismo sería muy deseable que el legislador acometiese la modificación de la muy ambigua redacción del artículo 23.5 de la Ley 43/1995, pues en este punto la uniformidad debería ser la regla. En tanto dicha modificación no se produzca, se opina que lo más acertado sería resolver las múltiples interrogantes que plantea el referido artículo 23.5 atendiendo a lo establecido en el artículo 24.1 de la Ley 20/1990.

7. El pago fraccionado.

El artículo 62 de la Ley 54/1999, haciendo uso de la habilitación prevista en el apartado 4 del artículo 38 de la Ley 43/1995, establece los porcentajes para determinar la cuantía del pago fraccionado, en sus dos modalidades.

La única novedad que se ha producido, en relación con la precedente regulación contenida en el artículo 60 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, es que las sociedades transparentes quedan plenamente sujetas, por vez primera, al pago fraccionado, según las normas generales.

También debe señalarse la modificación del artículo 121 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que repercute sobre la modalidad del pago fraccionado del artículo 38.3 de la Ley 43/1995, en la medida en que dicha modalidad es obligatoria para todos los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones calculado de acuerdo con lo previsto en el referido artículo 121, haya superado la cantidad de 1.000 millones de pesetas durante «...los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2000».

La nueva redacción del artículo 121 tiene dos novedades:

- Excluye del volumen de operaciones a las operaciones exentas relativas al oro de inversión.
- Acumula el volumen de operaciones, en los casos de la transmisión de la totalidad o parte de un patrimonio empresarial, realizado por las entidades transmitentes, en la entidad adquirente.

Esta última novedad no es propiamente tal, ya que, al menos en las operaciones amparadas por el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, en virtud del principio de subrogación contenido en el artículo 104 de la misma, la doctrina administrativa del Impuesto sobre Sociedades ya venía entendiendo aplicable la regulación que, ahora, se establece de manera clara y precisa, si bien la doctrina administrativa del Impuesto sobre el Valor Añadido se había pronunciado en sentido opuesto.

Señalemos, por último, que el volumen de operaciones que se tomará será el correspondiente a los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2000, sin que a ello obste que, sorprendentemente, la nueva redacción del artículo 121 de la Ley 37/1992, se refiera a las «...entregas de bienes y prestaciones de servicios... del año natural anterior...». Por lo tanto, para períodos impositivos iniciados el 1 de enero del año 2000, se tomará el volumen de operaciones del año 1999, y no el de 1998.

8. Deducción medioambiental.

El artículo 3.Cuatro de la Ley 55/1995 da nueva redacción al apartado 4 del artículo 35 de la Ley 43/1995, al objeto de extender la deducción que en el mismo se prevé al supuesto de «...adquisición de nuevos vehículos industriales o comerciales de transporte por carretera, sólo por aquella parte de la inversión... que contribuye de manera efectiva a la reducción de la contaminación atmosférica...».

La parte de la inversión que contribuye a la reducción de la contaminación atmosférica será objeto de determinación reglamentaria.

La ampliación de la deducción medioambiental a los vehículos de transporte por carretera abre una interrogación respecto de la futura evolución del incentivo fiscal, porque la renovación de un buen número de elementos patrimoniales aplicados a actividades económicas también contribuye de manera efectiva a la reducción de la contaminación atmosférica. Probablemente no han sido ajenas a la referida ampliación las circunstancias adversas que, en forma de aumento del precio del combustible, han afectado al sector del transporte por carretera.

9. Beneficios fiscales aplicables a Salamanca Capital Europea de la Cultura 2002.

La disposición adicional novena de la Ley 55/1995 establece un conjunto de beneficios fiscales para «...las inversiones que, efectuadas en el término municipal de Salamanca, se realicen en cumplimiento de los planes y programas de actividades establecidos por el "Consortio para la Organización de Salamanca Capital Europea de la Cultura 2002" ...».

El nuevo incentivo fiscal, cuyo contenido es el mismo que el regulado en la disposición adicional décima de la Ley 66/1997, en favor del «Año Santo Jacobeo 1999 y de Santiago de Compostela Capital Europea de la Cultura 2000», reviste las siguientes características, a efectos de la liquidación del Impuesto de Sociedades:

- Porcentaje de deducción: 15 por 100.
- Límite de deducción: 35 por 100, sobre la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición, interna e internacional, y las bonificaciones. En caso de que concurren deducciones del Capítulo IV del Título VII de la Ley 43/1995, el referido límite se aplica de manera conjunta.
- Las cantidades no deducidas podrán aplicarse, respetando igual límite, en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los cinco años inmediatos y sucesivos.

Teniendo en cuenta lo previsto en la disposición transitoria undécima de la Ley 43/1995, y en el artículo 94 de la Ley 20/1991, las diferentes deducciones por inversión quedan como sigue, en cuanto a los límites aplicables:

- Deducciones previstas en la disposición transitoria undécima de la Ley 43/1995, procedentes de diferentes modalidades o períodos impositivos del artículo 26 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y en la disposición adicional duodécima de la Ley 43/1995: 35 por 100.
- Deducciones previstas en el Capítulo IV del Título VI de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la disposición adicional décima de la Ley 66/1997 y en la disposición adicional novena de la Ley 55/1999: 35 por 100.
- Deducción por inversiones en Canarias: 50 por 100 (activos fijos); 70 por 100 (otras).
- Deducción por inversiones Ley 31/1992 (proyecto Cartuja 93): 25 por 100.

10. La corrección monetaria.

El artículo 15.11 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, establece una corrección monetaria en relación con «...las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado material que tengan la naturaleza de bienes inmuebles...». A tal efecto, tanto el precio de adquisición o coste de producción como las amortizaciones de los referidos elementos patrimoniales deben multiplicarse por «...los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado».

El artículo 61 de la Ley 54/1999 establece, respecto de los períodos impositivos que se inician en el año 2000, la tabla de coeficientes. Ninguna novedad se registra en relación con la regulación vigente para el año 1999, excepto, naturalmente, que el año que cierra la tabla de coeficientes de corrección monetaria es el año 2000.

11. Entidades no lucrativas.

El artículo 16 de la Ley 55/1999 da nueva redacción a los artículos 48.2, 58.2, 59.2 y 63.1.b) de la Ley 30/1994. El sentido general de las modificaciones introducidas implica una ampliación de los beneficios fiscales de los que disfrutaban estas entidades. Se refieren al Impuesto de Sociedades las relativas a los artículos 48.2 y 63.1.b).

11.1. Beneficios derivados de la realización de explotaciones económicas.

Los resultados derivados de la realización de explotaciones económicas, obtenidos por las entidades que disfrutaban de los beneficios fiscales previstos en el Título II de la Ley 30/1994, no están exentos, como regla general. Sin embargo, la redacción original del artículo 48.2 de la Ley 30/1994 estableció, a modo de excepción, la exención de dichas rentas siempre que las explotaciones económicas de las que derivan los resultados coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, entendiéndose que existe coincidencia «...cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el artículo 42.1.a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas».

Pues bien, la nueva redacción del artículo 48.2 de la Ley 30/1994 incorpora un tercer párrafo en cuya virtud se establece la exención de los resultados de explotaciones económicas en las que concurren los siguientes requisitos:

- Coinciden con el objeto social o finalidad específica de la entidad.
- Consisten en actividades de asistencia social, en los términos y con los límites del artículo 20.uno.8.º de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que hayan obtenido la exención por este impuesto.

Debe observarse que esta exención no está supeditada a que no produzca distorsiones en la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad, ni tampoco a que los destinatarios de las operaciones en que la explotación económica consiste sean colectividades genéricas de personas.

A pesar de ello, la exención no parece que pueda entrar en conflicto con principios básicos de la imposición, pues, habida cuenta la naturaleza de las actividades enumeradas en el artículo 20.8.º de la Ley 37/1992, lo más normal será que las rentas exentas sean absolutamente irrelevantes, pues es difícil, al menos en teoría, que la realización de dichas actividades pueda deparar resultados económicos apreciables. Lo contrario sería preocupante y pondría en tela de juicio al incentivo fiscal.

11.2. Donaciones.

El artículo 63.1.b) de la Ley 30/1994, en su redacción original, estableció que tendría la consideración de partida deducible, para determinar la base imponible del Impuesto de Sociedades, el importe de las donaciones puras y simples de bienes que «...deban formar parte del activo material de la entidad donataria...». La nueva redacción se limita a suprimir la palabra «material», de manera tal que las donaciones de elementos patrimoniales del inmovilizado inmaterial o financiero determinarán, por su importe, un gasto fiscalmente deducible.

12. Beneficios fiscales a la construcción de buques.

El artículo 1.11 de la Ley 50/1998 incorporó una nueva disposición adicional, la decimoquinta, a la Ley 43/1995, al objeto de establecer el beneficio fiscal de la libertad de amortización para la renovación de la flota mercante. Pues bien, el artículo 3.Nueve de la Ley 55/1999 suprime un requisito para el disfrute de dicho beneficio fiscal, y también una incompatibilidad.

El requisito suprimido consiste en que la construcción o mejora se realice en la Unión Europea, excepto en los territorios que dentro de la misma sean considerados como «paraísos fiscales». Por consiguiente, de aquí en adelante, el lugar en que se halle ubicado el artillero que realice la construcción o mejora es indiferente.

La incompatibilidad suprimida es la que se hallaba establecida en el apartado 5 de la disposición adicional decimoquinta respecto de las primas a la construcción naval. Por tanto, de aquí en adelante, la percepción de primas a la construcción naval no impide la aplicación del beneficio fiscal.