

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

EL presente artículo examina, desde una perspectiva expositiva, el tratamiento de los riesgos no ligados al valor en el mercado de elementos patrimoniales concretos, a los efectos de la formación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

Sumario:

1. Régimen general de las dotaciones a las provisiones para riesgos y gastos.
2. Régimen especial de determinadas dotaciones a las provisiones para riesgos y gastos.
 - 2.1. Provisión para responsabilidades.
 - 2.2. El fondo de reversión.
 - 2.3. Provisiones técnicas de las compañías de seguros.
 - 2.4. Provisiones técnicas de las sociedades de garantía recíproca.
 - 2.5. Provisión para grandes reparaciones.
 - 2.6. Provisión para abandono de explotaciones económicas.
 - 2.7. Provisión para garantías.
3. Cobertura de los compromisos por pensiones y asimilados.
 - 3.1. Antecedentes.
 - 3.2. Régimen vigente.
4. Provisiones para la cobertura de riesgos en operaciones sobre futuros y asimilados.

1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS DOTACIONES A LAS PROVISIONES PARA RIESGOS Y GASTOS

El artículo 13.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, establece que no son deducibles «...las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables». Por aplicación del mandato legal transcrito, las dotaciones a la provisión para riesgo y gastos no serán fiscalmente deducibles de manera plena, sin perjuicio de que sí lo serán, en principio, los gastos y quebrantos provisionados cuando efectivamente se materialicen.

El artículo 13.1 ha sido construido a partir de las normas mercantiles reguladoras del principio de prudencia y de la cobertura de riesgos y gastos. En efecto, el artículo 38.1 c) del Código de Comercio obliga a «...tener en cuenta todos los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior... incluso si sólo se conocieren entre la fecha de cierre del balance y la en que éste se formule...», el artículo 188 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas asigna a las provisiones para riesgos y gastos la cobertura de «...los gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas que estén claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del balance, sean probables o ciertas y estén indeterminadas en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que se producirán», y, finalmente, el Plan General de Contabilidad, asigna a las provisiones para riesgos y gastos la función de «...cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas... sean probables o ciertas pero indeterminadas en cuanto a su importe exacto o en cuanto a la fecha en que se producirán».

Puede apreciarse que las normas mercantiles relativas a las provisiones para riesgos y gastos cubren los siguientes hechos:

- Gastos y pérdidas, probables o ciertos, pero indeterminados en su cuantía o en la fecha en que se producirán.
- Deudas, probables o ciertas, pero indeterminadas en su cuantía o en la fecha en que se producirán.
- Riesgos previsibles.

Los referidos hechos son conceptualmente heterogéneos. En efecto, desde tal perspectiva, el riesgo es diferente al gasto o la pérdida, aunque si ambos son probables tienden a confundirse con el riesgo o, por mejor decir, la posibilidad de la aparición de un gasto o de una pérdida implica la existencia de riesgo. Mas si el gasto o la pérdida son ciertos el riesgo no existirá. Finalmente, las deudas probables son la contrapartida o consecuencia de los gastos o pérdidas probables y, en tal sentido, también tienden a identificarse con los riesgos. De acuerdo con lo expuesto, los hechos cubiertos por las provisiones para riesgos y gastos pueden ser divididos en dos grupos:

- Hechos ciertos, es decir, ya producidos, causantes de gastos, pérdidas o deudas contrapartida de los mismos, cuyo importe exacto no está determinado.
- Hechos probables, es decir, todavía no producidos, potencialmente determinantes de gastos, pérdidas o deudas contrapartida de los mismos.

La diferencia cualitativa entre ambos grupos es notable. En el descrito en primer lugar, la provisión únicamente nace porque el importe exacto del gasto o pérdida y de la correspondiente deuda no está exactamente determinado, ya que si lo estuviera el gasto o pérdida no tendrían por contrapartida una provisión sino una cuenta de pasivo exigible. En el descrito en segundo lugar la provisión nace porque existe un riesgo que todavía no se ha materializado. La frontera pasa por la existencia de riesgo. Y esta frontera, a su vez, separa las dotaciones fiscalmente deducibles de aquellas que no lo son.

En efecto, el artículo 13.1 de la Ley 43/1995 no excluye la deducción en bloque de las dotaciones a las provisiones para riesgos y gastos, sino sólo aquellas que tienen por objeto las pérdidas calificables de eventuales y los gastos y deudas calificables de probables, así como las fundadas en riesgos previsibles. Por tanto sí serán fiscalmente deducibles las dotaciones respecto de pérdidas y gastos ciertos pero que, por no estar exactamente cuantificados, no puedan tener como contrapartida una cuenta de pasivo. En consecuencia, es decisivo para calificar, a efectos fiscales, la dotación la característica de certeza. ¿Cuándo un gasto o una pérdida son ciertos? A nuestro entender cuando se ha producido el hecho que origina el gasto o la pérdida, y, por el contrario, no serán ciertos cuando sólo existe un riesgo, incluso cuantificado estadísticamente, de que el hecho generador se produzca.

De acuerdo con lo expuesto, las dotaciones que están fundadas en la presencia de un hecho determinante de una pérdida o de un gasto, de un quebranto patrimonial ampliamente hablando, sí serán fiscalmente deducibles. ¿Por qué cuántía? La norma fiscal nada dice, de manera tal que habrá de estarse a la norma mercantil, por imperativo de lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995. Mas la norma mercantil tampoco precisa. No ha de inferirse de este vacío aparente que el importe fiscalmente deducible será el que haya decidido la empresa imputar contablemente a la cuenta de pérdidas y ganancias en concepto de dotación. En efecto, la cuántía de la dotación fiscalmente deducible será aquella que, racionalmente, se corresponde con el gasto o la pérdida que previsiblemente habrá de sufrir la empresa. Téngase en cuenta que el hecho determinante del gasto o la pérdida ya se ha producido, de manera tal que, en base al mismo, será posible, dentro de ciertos márgenes, determinar el importe de la dotación que racionalmente responda o sea consecuente con el mismo.

De acuerdo con lo expuesto, entendemos que es inexacto afirmar que el apartado 1 del artículo 13 de la Ley 43/1995, excluye la deducibilidad de las dotaciones a las provisiones para riesgos y gastos, de manera tal que tan sólo serían deducibles las previstas en el apartado 2 del mismo artículo. Por el contrario, el referido apartado 1 únicamente vendría a excluir de la deducción a las dotaciones basadas en hechos no producidos. Pero también sería inexacto entender que la dotación basada en un hecho producido es plenamente deducible sin atender a la correspondencia de la cantidad dotada con la que racionalmente se deriva del hecho generador.

Así, la dotación a una provisión para posibles indemnizaciones por despido del personal no será fiscalmente deducible, pero sí lo será cuando el despido se ha producido y el importe de la indemnización está pendiente de determinación, hasta el importe que, racionalmente, podrá alcanzar la misma. Y la dotación a un fondo de autoseguro tampoco será fiscalmente deducible, pero sí lo será cuando el siniestro ha acaecido y está pendiente de determinar el importe del mismo, aunque si el siniestro consiste en la destrucción, total o parcial, de un elemento patrimonial lo contablemente correcto es practicar la corrección de valor irreversible en el sentido del artículo 39 del Código de Comercio.

2. RÉGIMEN ESPECIAL DE DETERMINADAS DOTACIONES A LAS PROVISIONES PARA RIESGOS Y GASTOS

El apartado 2 del artículo 13 exceptúa, en siete supuestos concretos, a la regla general del apartado 1 del mismo artículo, a cuyo tenor no son fiscalmente deducibles las dotaciones a las provisiones para riesgos y gastos basadas en hechos no producidos.

2.1. Provisión para responsabilidades.

La letra a) del apartado 2 del artículo 13 permite la deducción de las dotaciones «...relativas a responsabilidades procedentes de litigios en curso o derivadas de indemnizaciones o pagos debidamente justificados cuya cuantía no esté definitivamente establecida».

El precepto transcrito reproduce el artículo 84 del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, y su contenido, en cuanto al supuesto de hecho, es esencialmente igual al de la cuenta 142 del Plan General de Contabilidad.

Tres supuestos pueden ser distinguidos dentro del precepto:

- Responsabilidades procedentes de litigios en curso.

- Responsabilidades derivadas de indemnizaciones cuya cuantía no esté definitivamente establecida.
- Responsabilidades derivadas de pagos pendientes debidamente justificados cuya cuantía no esté definitivamente establecida.

Los tres supuestos son cualitativamente diferentes, siendo su único lazo de unión que el importe de la responsabilidad está indeterminado. En efecto, el primer supuesto se fundamenta en un hecho no producido, en tanto que los otros dos se fundamentan en hechos ya producidos. Desde esta perspectiva tal vez podría entenderse que existe una cierta duplicidad entre las previsiones del apartado 1 y las relativas a las indemnizaciones y pagos pendientes de la letra a) del apartado 2, ambos del artículo 13 de la Ley 43/1995. Probablemente tal duplicidad pueda justificarse en la conveniencia de regular de manera unitaria todo lo concerniente a la provisión para responsabilidades.

2.1.1. Responsabilidades procedentes de litigios en curso.

Uno de los contenidos básicos de los derechos subjetivos es la acción, entendiendo como tal la facultad que asiste a sus titulares de recabar de los órganos judiciales la realización del correspondiente proceso al objeto de obtener una sentencia que satisfaga una pretensión ordenada a la protección jurídica del derecho, pudiéndose derivar de ello una responsabilidad para alguna de las partes.

También los derechos de la personalidad se tutelan ante los órganos judiciales, sean penales o civiles, de manera tal que para el resarcimiento de los daños sufridos se otorga a la persona un verdadero derecho subjetivo, a saber, el derecho a obtener una reparación, que, en la mayoría de las ocasiones, determinará una compensación pecuniaria.

Pues bien, desde el inicio del proceso existe un conflicto entre las partes, un litigio en curso, del que puede derivarse para una de ellas, la demandada, una responsabilidad, generalmente pecuniaria. Es para la cobertura de los gastos o pérdidas derivadas de la satisfacción de esta responsabilidad por lo que procede dotar la provisión para responsabilidades.

Nótese que no todo litigio desencadenado en defensa de un derecho subjetivo puede generar responsabilidades, de manera que sólo cuando dichas responsabilidades puedan establecerse en la sentencia, habida cuenta de la naturaleza y contenido de las pretensiones de las partes, procederá dotar la provisión para responsabilidades. Así, en ciertos casos, el litigio en curso motivará la dotación a la provisión para créditos de dudoso cobro, pero no la provisión para responsabilidades.

El término responsabilidades, en el contexto de la provisión que lleva su nombre, debe entenderse como la consecuencia jurídica de la lesión efectuada a un derecho subjetivo o de la personalidad en cuya virtud debe procurarse una reparación del daño causado. En términos de la normativa contable tal reparación genera un gasto o una pérdida para cuya cobertura se dota la provisión para responsabilidades, que será fiscalmente deducible.

No serán, lógicamente, fiscalmente deducibles, las dotaciones para la cobertura de aquellos gastos o pérdidas que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 43/1995, no son fiscalmente deducibles.

Cuando media un conflicto jurídico entre dos o más personas también es posible resolverlo a través del arbitraje. ¿Cuando se produce un arbitraje también cabe entender que estamos ante un litigio en curso a efectos de lo previsto en el artículo 13.2.a) de la Ley 43/1995? A nuestro entender la respuesta debe ser positiva, habida cuenta que el artículo 1.º de la Ley de Arbitraje faculta a «...someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas...» y que el artículo 11.1, obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado, impidiendo a los jueces y tribunales conocer «...de las cuestiones litigiosas...».

2.1.2. Responsabilidades derivadas de indemnizaciones cuya cuantía no esté definitivamente establecida.

Reparar los daños causados es un principio general del Derecho que inspira las regulaciones relativas a la responsabilidad existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Con carácter general el artículo 1.902 del Código Civil establece la obligación de reparar el daño causado cuando media culpa o negligencia (responsabilidad aquiliana o extracontractual). Ya en el ámbito contractual, el artículo 1.101 del Código Civil sujeta a indemnización por los daños y perjuicios causados a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad o, más ampliamente, contravinieren el tenor de las mismas (responsabilidad contractual). También de los hechos penalmente tipificados como delito o falta puede nacer la obligación de reparar los daños causados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 109 del Código Penal. Finalmente, junto a las responsabilidades, sean de origen contractual, extracontractual o penal, en las que interviene cualquier género de culpa o negligencia, en determinadas normas se configuran supuestos de responsabilidad objetiva, basados en la creación de un estado de riesgo derivado del ejercicio de actividades empresariales, tal y como sucede en los casos de uso y circulación de vehículos de motor, accidentes de navegación aérea, explotación de centrales nucleares, puesta en el mercado de productos o servicios que pudieran causar daños...

¿Están todas estas indemnizaciones amparadas por la letra a) del apartado 2 del artículo 13 de la Ley 43/1995? Probablemente esta cuestión no deba ser respondida al hilo de un análisis de la deducción de la dotación a la provisión por responsabilidades, sino que pertenece al análisis del artículo 14, en el que se regulan los gastos fiscalmente no deducibles. Dicho esto, puede concluirse que, en cuanto los gastos generados por la obligación de reparar el daño causado sean fiscalmente deducibles, las dotaciones a la provisión para responsabilidades por razón de los mismos también serán fiscalmente deducibles con tal que el supuesto de hecho determinante de la indemnización se hubiere producido y la misma, consecuentemente, hubiere dado lugar al nacimiento de la correspondiente obligación de indemnizar.

En este sentido, no sería fiscalmente deducible, por ejemplo, una dotación a la provisión para la cobertura de los daños que una empresa de transportes estime que, de acuerdo con informaciones de tipo estadístico, pueden producir los vehículos que utiliza, o una dotación en relación con los daños que se estima podrán derivarse de la ejecución de un contrato determinado...

Para que la dotación sea fiscalmente deducible es preciso que el daño se haya producido y que del mismo derive una obligación de indemnizar cuya cuantía no está todavía determinada. Así, la existencia del daño, y la anuencia por parte del sujeto pasivo a su reparación serían suficientes para motivar la deducibilidad fiscal de la dotación a la provisión cuando el importe de la indemnización fuera todavía indeterminado. Pero es preciso la concurrencia del daño efectivo y del reconocimiento de la obligación de indemnizar, porque si aquél existe pero la empresa entiende que no está sujeta a obligación de indemnizar porque la causa del mismo fueran hechos de imposible previsión o inevitables aunque previsibles, la obligación de indemnizar puede no existir, excepto en los casos, legalmente establecidos, de responsabilidad objetiva, en los que el daño genera, sin más, la obligación de indemnización. Mas cuando la existencia de la propia obligación de indemnizar es objeto de un litigio, la dotación a la provisión será fiscalmente deducible en base a la sola existencia del daño y del litigio tendente al establecimiento de la obligación de indemnizar y de su cuantía.

2.1.3. Responsabilidades derivadas de pagos pendientes cuya cuantía no esté definitivamente establecida.

La deducción de la dotación a la provisión para la cobertura de pagos pendientes es fiscalmente deducible con tal que dichos pagos estén «debidamente justificados». La justificación de la obligación de pagar una determinada suma solamente puede hacerse de manera indubitada cuando el hecho generador de aquélla se ha producido. La situación de pendencia en el pago se debe a que el importe del mismo no está determinado, pero, desde luego, existe la obligación correspondiente.

2.2. El fondo de reversión.

2.2.1. Concepto y función del fondo de reversión.

El artículo 13.2.b) de la Ley 43/1995, establece que son fiscalmente deducibles «las dotaciones para la recuperación del activo revertible».

De acuerdo con lo previsto en la Ley de Contratos del Estado, los servicios públicos pueden prestarse en régimen de concesión administrativa, de manera tal que, una vez finalizado el tiempo de la concesión, el empresario concesionario debe entregar a la Administración concedente las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. A diferencia de cualquier otro empresario, el concesionario debe entregar su activo, total o parcialmente, a un tercero, al finalizar la explotación económica. Este singular hecho es el que fundamenta el fondo de reversión.

El fondo de reversión cumple un doble papel: financiero y de cobertura de una pérdida cierta, aunque de cuantía indeterminada.

Desde el punto de vista financiero, el fondo de reversión permitirá devolver a los accionistas su capital y satisfacer las deudas con terceros vivas en el momento de extinción de la concesión. Desde el punto de vista de la cobertura de una pérdida, el fondo de reversión permitirá su distribución a lo largo de los ejercicios comprendidos en el período de la concesión, como así parece correcto en términos de imagen fiel. Ambas perspectivas son, evidentemente, aspectos del mismo fenómeno contable, pero merecen ser destacadas, porque la primera conlleva la idea de la cobertura de una pérdida cierta pero indeterminada en su cuantía, de manera tal que apunta directamente a la esencia de la provisión para riesgos y gastos, pero la segunda parece, más bien, reposar en la textura del principio del devengo y de correlación de ingresos y gastos.

Sea como fuere lo cierto es que el Plan General de Contabilidad incluye el fondo de reversión entre las provisiones para riesgos y gastos, y lo propio hace la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

2.2.2. Las dotaciones al fondo de reversión como gastos fiscalmente deducibles.

El artículo 13.2.b) de la Ley 43/1995, considera partida fiscalmente deducible, como ya sabemos, a «...las dotaciones para la recuperación del activo revertible...» pero, a diferencia de la recuperación por amortización técnica, no regula con precisión el importe que, en cada período impositivo, ha de tener el referido gasto. La legislación precedente, contenida en los artículos 13 K) de la Ley 61/1978 y 60 del Real Decreto 2631/1982, era más minuciosa ya que establecía como método de cálculo del importe de la cuota anual de amortización por reversión el de linealidad [art. 60.1.a) 1.ª Real Decreto 2631/1982], el momento inicial de la amortización por reversión lo fijaba en el de la puesta en funcionamiento [art. 60.1.a) 1.ª Real Decreto 2631/1982], establecía la compatibilidad de las amortizaciones técnica y por reversión [art. 60.1.b) Real Decreto 2631/1982] y, finalmente, prevenía los supuestos de sustitución de activos [art. 60.1.a) 2.ª Real Decreto 2631/1982]. Esta detallada regulación fue objetada por dos motivos diferentes. En primer lugar, porque el método lineal no siempre se avenía bien con la realidad económica de la explotación y, en segundo lugar, porque la compatibilidad incondicionada entre las amortizaciones técnica y por reversión determinaba la aparición de un incremento de patrimonio en el momento de la reversión «...por el importe de las amortizaciones (técnicas) acumuladas no revertidas...» (art. 132 Real Decreto 2631/1982), lo que, en realidad, denotaba que la referida compatibilidad era incorrecta, produciendo un diferimiento injustificado del tributo.

A pesar de que, como ya hemos dicho, la regulación vigente puede tildarse de parca, sí podemos hallar en la misma los criterios básicos relativos al gasto por reversión:

- El método de cálculo del gasto por reversión deberá determinarse «...atendiendo a las condiciones de reversión establecidas en la concesión...».
- Las amortizaciones técnica y por reversión son compatibles, pero no de manera incondicionada, de manera tal que los solapamientos de una y otra no son admisibles.

Pues bien, aplicando ambos criterios, se debe alcanzar, en el momento de la reversión, un saldo del fondo de reversión que «...sea igual al valor contable del activo en el momento de la reversión, incluido el importe de las reparaciones exigidas por la entidad concesionaria para la recepción del mismo».

Las normas fiscales en relación con el fondo de reversión en nada difieren de las contables, contenidas, básicamente, en determinadas adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad como la relativa a las empresas eléctricas, abastecedoras de aguas o explotadoras de autopistas de peaje, si bien las últimas son más detalladas. Esta sustancial similitud se desprende con nitidez de la norma contable que define el saldo que debe alcanzar el fondo de reversión en el momento de producirse esta última: «...ha de cubrir el valor neto contable de los activos revertibles en el momento de la reversión más el importe de los gastos que se estima se van a realizar al final del período de la concesión para entregar estos activos en las condiciones de uso establecidas en el contrato de concesión» (Norma 20.^a de las de valoración Orden 10-12-1998). Puede advertirse que la norma fiscal emplea la expresión valor contable donde la norma contable emplea la expresión valor neto contable, de manera tal que ambas son equivalentes: valor de adquisición del activo minorado en las amortizaciones y otras correcciones de valor.

Esta identidad sustancial entre los criterios básicos de las normas fiscal y contable permite aplicar, en calidad de Derecho supletorio, a efectos fiscales, los desarrollos y precisiones establecidos por la segunda. En este sentido entendemos que tienen eficacia fiscal las normas relativas a la base de cálculo de la provisión para reversión de activos y las reglas de cálculo de las cuotas anuales de dotación a la citada provisión previstas en las normas contables.

2.2.2.1. Base de cálculo del fondo de reversión.

Tanto de la norma fiscal [art. 13.1.b) de la Ley 43/1995] como de la norma contable (Norma 20.^a de las de valoración Orden 10-12-1998, entre otras) se desprende que la base de cálculo del fondo de reversión está constituida por dos componentes:

- Valor contable o neto contable de los elementos patrimoniales sujetos a reversión, en el momento de producirse la misma.
- Gastos a realizar para entregar los elementos patrimoniales sujetos a reversión de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato de concesión.

El valor contable de los elementos patrimoniales sujetos a reversión depende de dos factores: precio de adquisición y amortización técnica acumulada en el momento de la reversión. Tratándose de elementos patrimoniales cuya vida útil excede de la duración de la concesión, el valor contable en el momento de la reversión se puede calcular de manera precisa desde el momento del inicio de la explotación, que es cuando, por así establecerlo la norma contable, debe comenzar a dotarse el

fondo de reversión. En efecto, si los elementos patrimoniales en cuestión no son amortizables su valor contable en el momento de la reversión coincidirá con el precio de adquisición, y si son amortizables con el precio de adquisición minorado en el importe de las amortizaciones acumuladas. En este sentido la norma contable establece que para «...la determinación del valor neto contable de los activos a revertir, se partirá del precio de adquisición o coste de producción en origen de dichos activos modificado por las inversiones adicionales y posibles reducciones parciales realizadas sobre los mismos... se minorará en la amortización acumulada hasta el momento de la reversión cuando se trate de bienes depreciables».

Cuando la vida útil del elemento patrimonial sujeto a reversión sea inferior a la duración de la concesión, deberá ser objeto de renovación. En tal caso, no se conocerá, en el momento en el que debe comenzar a dotarse el fondo de reversión, el valor contable del referido elemento patrimonial, ya que, en efecto, de acuerdo con la norma contable dicho valor contable será «...el de la última inversión minorado, en el caso de bienes depreciables, en el importe de la correspondiente amortización acumulada». El artículo 60.1.a) 2.ª del Real Decreto 2631/1982, resolvía esta cuestión mediante la modificación de las cuotas de dotación «...en la parte que corresponda a la diferencia entre el coste de adquisición del bien incorporado y el correspondiente al bien sustituido, sin que se tengan en cuenta respecto de este último las amortizaciones técnicas practicadas». Esta regla tiene la ventaja de la certeza, y, por otra parte, responde al principio del precio de adquisición. La vigente norma contable no cierra el paso a una solución de este tipo ya que se limita a señalar que el valor contable del elemento patrimonial es el de «la última inversión», de manera tal que, considerando el argumento precedente, lo más adecuado parece consistir en dotar el fondo de reversión bajo la hipótesis de que el precio de adquisición del elemento patrimonial que efectivamente revertirá es igual al del elemento o elementos patrimoniales sustituidos a lo largo de la duración de la concesión, corrigiendo las cuotas en función de la variación de los sucesivos precios de adquisición, de manera tal que así se respeta la regla de formación del saldo del fondo de reversión bajo la directa inspiración del principio del precio de adquisición. La solución alternativa consistiría en estimar desde el inicio de la explotación el valor contable del elemento patrimonial que revertirá. Esta solución, sin embargo, se estima que no es correcta porque la referida previsión no podrá efectuarse en base a datos consistentes, ya que el referido valor contable depende del precio de adquisición y éste de un conjunto de factores difícilmente evaluables como son la evolución de los precios y el desarrollo de la tecnología.

De acuerdo con lo expuesto, el valor contable del elemento patrimonial sujeto a reversión se determina minorando el precio de adquisición en el importe de las amortizaciones acumuladas, planteándose la cuestión de si dichas amortizaciones deben ser las contabilizadas o las fiscalmente deducibles, cuando existan diferencias entre unas y otras. A nuestro entender, la dotación al fondo de reversión debe calcularse en base a la amortización contable, sin perjuicio de las correcciones que procedan por causas de la diferencia entre amortización contable y fiscal.

El segundo componente de la base de cálculo del fondo de reversión son las reparaciones que habrán de efectuarse en los elementos patrimoniales sujetos a reversión en cumplimiento de las estipulaciones contractuales. Estos gastos son ciertos, aunque de cuantía indeterminada, y de aquí que

deban ser tratados a través de la provisión para riesgos y gastos. La estimación de los mismos corresponde a la empresa concesionaria, que deberá utilizar criterios basados en fundamentos técnicos. Ante la dificultad de concretar estimaciones fiables la doctrina contable apunta que una solución aceptable podría ser identificar el importe de los gastos con el valor residual del elemento patrimonial sujeto a reversión. Entendemos que tal solución, en todo caso, debe tener carácter subsidiario de la basada en una estimación técnicamente fundamentada.

La dotación anual al fondo de reversión así calculada será gasto fiscalmente deducible, pero parece claro que la Administración tributaria, a los solos efectos de determinar la base imponible, podrá efectuar correcciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 de la Ley 43/1995, a cuyo efecto deberá probar que las estimaciones del sujeto pasivo son incorrectas y proponer otras diferentes técnicamente fundamentadas.

La determinación de la base de cálculo de las dotaciones al fondo de reversión pone de relieve las relaciones entre la amortización técnica y la amortización por reversión. Ambas amortizaciones deben practicarse anualmente, siendo, por tanto, compatibles entre sí, pero sujetas a la restricción de que el saldo del fondo de reversión, en relación con el elemento revertible, no puede exceder de su valor contable en el momento de la reversión. De esta manera, el fondo de reversión debe dotarse desde el inicio de la explotación económica, aun cuando los elementos patrimoniales en funcionamiento en dicho momento no sean los que, finalmente, van a revertir sino otros que los sustituirán a lo largo de la duración de la concesión.

También entendemos que es compatible la dotación al fondo de reversión con las dotaciones al fondo de reparaciones extraordinarias, si bien cuando dichas reparaciones coincidan con las que deban realizarse con ocasión de la reversión o cuando el momento de la reparación extraordinaria sea posterior a la reversión, ha de entenderse que la dotación al fondo citado en segundo lugar no procede, ya que, de otra manera, se incurriría en una evidente duplicidad de gasto.

2.2.2.2. Determinación del importe de la dotación.

Una vez determinada la base de cálculo del fondo de reversión debe determinarse el importe de la cuota anual de dotación al fondo de reversión. El artículo 13.2.a) de la Ley 43/1995 no establece una norma concreta, ya que se limita a indicar que deberá atenderse a «...las condiciones de reversión establecidas en la concesión...». Las normas contables tampoco establecen un método de cálculo de las cuotas con las que en cada ejercicio debe dotarse el fondo de reversión, pero sí un conjunto de criterios que sirven para esbozar los elementos básicos de dicho método:

- La dotación al fondo de reversión se considerará un gasto del ejercicio y se efectuará sistemáticamente de acuerdo con los ingresos previstos.

- El fondo de reversión comenzará a dotarse cuando se inicie la explotación de los activos revertibles y se completará en el período que falte hasta finalizar la concesión.
- Los criterios establecidos para el cálculo de la dotación al fondo de reversión se aplicarán de modo uniforme.

Las tres reglas precedentes están establecidas, entre otras disposiciones, en la norma de valoración 20.^a de la adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades concesionarias de autopistas aprobada por Orden de 10 de diciembre de 1998. En consecuencia, todo método de amortización por reversión que respete las mismas será válido a efectos contables y también a efectos fiscales habida cuenta el valor supletorio de las normas contables. Nótese que la vinculación de la dotación al fondo de reversión con los ingresos previstos no es sino una aplicación del principio de correlación entre ingresos y gastos.

Las reglas referidas descartan, a efectos contables primordialmente y supletoriamente a efectos fiscales, la distribución lineal de las cuotas del fondo de reversión que, como ya hemos apuntado, era la establecida en el Real Decreto 2631/1982, y también la distribución basada en la intensidad de uso de los activos sujetos a reversión.

La preferencia de la regla contable por el método de distribución basado en el ingreso previsto antes que en la aplicación de los elementos patrimoniales sujetos a reversión al proceso productivo deriva de la propia naturaleza del fenómeno de la reversión. La reversión no trata de reflejar el consumo de un elemento patrimonial afectado al proceso productivo, sino la transmisión, sin contraprestación, del elemento patrimonial a la Administración concedente. La reversión implica una suerte de carga jurídica que pesa sobre los elementos patrimoniales afectados, de manera tal que la dotación al fondo de reversión tiene por objeto cubrir la pérdida patrimonial derivada de la ejecución de la referida carga. Ahora bien, puesto que la carga jurídica en que consiste la reversión se ha asumido para obtener unos ingresos, parece lógico que el método de distribución atienda a los mismos.

El consumo de los elementos patrimoniales a causa de su afectación al proceso productivo se recoge a través de la amortización técnica, y la carga jurídica que, debido a la reversión, pesa sobre los mismos, a través de las dotaciones al fondo de reversión, de manera tal que, por medio de los fondos de amortización y de reversión se reflejan contablemente ambas realidades. Se entiende así que el fondo de reversión participe de la naturaleza de las provisiones para riesgos y gastos y no de las cuentas de periodificación, ni mucho menos de los fondos propios, ya que, en efecto, dicho fondo de reversión refleja una obligación cierta aunque de cuantía indeterminada. La correlación de las dotaciones al fondo de reversión con los ingresos previstos no deriva tanto de la aplicación del principio de correlación de ingresos y gastos en cuanto criterio de asociación de los consumos de los factores de la producción a los ingresos que se obtienen como consecuencia de dicho proceso, cuanto de que, como ya hemos apuntado antes, es la obtención de dichos ingresos la causa por la que se contrae la obligación de reversión.

2.2.3. *Fondos de reversión existentes a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.*

La compatibilidad incondicionada de la amortización técnica y de la amortización por reversión así como el método lineal para determinar la cuota anual de dotación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del Real Decreto 2631/1982, determina que la entrada en vigor de la Ley 43/1995 haya implicado una sustancial modificación del régimen fiscal del fondo de reversión. Característica del nuevo régimen es que las dotaciones al fondo de reversión determinen un saldo del mismo que sea «...igual al valor contable del activo en el momento de la reversión...». ¿También debe cumplirse esta regla en relación con fondos de reversión en curso de dotación en el momento de la entrada en vigor de la Ley 43/1995? Cabe, a nuestro entender, formular diversas posiciones interpretativas:

- La primera consiste en calcular las dotaciones al fondo de reversión para que la citada regla se cumpla estrictamente. En tal caso, supuesto que a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 43/1995 existiere un saldo del fondo de reversión excesivo, las futuras dotaciones serán menores respecto de las que se hubieran podido practicar en caso de que desde el momento inicial se hubiere respetado la referida regla.
- La segunda es una variante de la anterior, consistente en considerar como ingreso fiscalmente computable el saldo excesivo en el momento de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, siendo, en tal caso, las futuras dotaciones las que procedan de acuerdo con la regla antedicha.
- La tercera consiste en calcular la cuota con la que hubiera debido dotarse el fondo de reversión desde el momento inicial para que llegado el momento de la reversión se cumpla la regla de igualdad entre el valor contable del activo y el saldo de aquél, sin tomar en consideración el saldo en exceso que pudiera existir a la entrada en vigor de la Ley 43/1995. De esta manera, la referida regla no se cumplirá, ya que si bien a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/1995 no se continuará la formación de un saldo excesivo, el exceso existente en dicho momento no se corregirá.

¿Cuál de las tres interpretaciones es más correcta? Tal vez la respuesta deba enfocarse a partir de la realidad contable. Vinculada como lo está la empresa concesionaria al principio de imagen fiel, particularmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, no es concebible que se dote contablemente el fondo de reversión con cantidades determinantes de un saldo excesivo, de manera tal que las únicas representaciones contables concebibles son las señaladas en primero y segundo lugar. Por lo tanto, siendo requisito de deducción del gasto que se impute contablemente a la cuenta de pérdidas y ganancias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley 43/1995, la tercera interpretación no se considera viable.

Supongamos, no obstante, que la empresa decida apartarse del principio de imagen fiel, de manera que contabiliza unas cuotas en concepto de dotación al fondo de reversión que determinarán la violación de la norma contable de igualdad del valor contable del activo con el saldo del fondo

de reversión, no porque las cuotas dotadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/1995 sean incorrectas, sino porque lo fueron las precedentes. ¿Serían, en tal caso, fiscalmente deducibles? A nuestro entender la respuesta es dudosa, porque, en tal caso, llegado el momento de la reversión el saldo del fondo de reversión será superior al del elemento patrimonial revertible, pero el incumplimiento de la regla básica del artículo 13.1.b) de la Ley 43/1995 se habrá debido a hechos producidos antes de su entrada en vigor. No es preciso, sin embargo, ahondar en las posibles soluciones porque, como ya se ha dicho, el problema sólo surgirá cuando la empresa decida infringir la norma contable contenida, entre otras disposiciones, en el párrafo primero de la norma de valoración 20.^a de la adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de autopistas, a cuyo tenor el fondo de reversión «...ha de cubrir el valor neto contable de los activos revertibles en el momento de la reversión...», lo que, obviamente, no debe producirse sino en casos patológicos.

La vinculación de la base imponible al resultado contable evitará, de esta forma, en unión al denominado principio de inscripción contable del artículo 19.3 de la Ley 43/1995, que el problema se plantee en la realidad.

2.3. Provisiones técnicas de las compañías de seguros.

El artículo 13.2.e) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, establece que son deducibles las dotaciones «...a las provisiones técnicas realizadas por las entidades aseguradoras, hasta el importe de las cuantías mínimas establecidas por las normas aplicables».

El precedente de la norma transcrita es el artículo 3.º del Real Decreto 1042/1990, el cual se expresaba en términos prácticamente idénticos ya que, en efecto, consideraba fiscalmente deducibles a las dotaciones a las provisiones técnicas «...siempre que sus cuantías no rebasen las mínimas exigidas anualmente como obligatorias por el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado».

Las provisiones técnicas son aquellas que obligatoriamente deben dotar las compañías de seguros para cumplir con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. De acuerdo con el desarrollo reglamentario de la materia, contenido en el capítulo II del título II del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, las provisiones técnicas son las siguientes:

- Provisión de primas no consumidas.
- Provisión de riesgos en curso.
- Provisión de seguros de vida.
- Provisión de participación en beneficios y para extornos.
- Provisión de prestaciones.

- Provisión de estabilización.
- Provisión del seguro de decesos.
- Provisión del seguro de enfermedad.
- Provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización.

Las tres últimas provisiones son creación reglamentaria, si bien autorizada explícitamente por la Ley 30/1995.

El objetivo de las provisiones técnicas es «...reflejar en el balance de las entidades aseguradoras el importe de las obligaciones asumidas que se derivan de los contratos de seguros y reaseguros...», pero también «...mantener la necesaria estabilidad de la entidad aseguradora frente a oscilaciones aleatorias o cíclicas de la siniestralidad o frente a posibles riesgos especiales...» (art. 29 Real Decreto 2486/1998). A esta última función está dedicada la provisión de estabilización. La dotación a las provisiones técnicas está minuciosamente regulada en un conjunto de artículos comprendidos en el capítulo II del título II del Real Decreto 2486/1998.

Del texto del artículo 13.2.e) de la Ley 43/1995, se deduce que serán fiscalmente deducibles las dotaciones a las provisiones técnicas hasta el importe de las cuantías mínimas establecidas por las normas aplicables, pero la disposición adicional tercera del Real Decreto 2486/1998 ha identificado cuantías mínimas con dotaciones obligatorias, a excepción de la provisión para prestaciones. En efecto, la citada disposición establece que «Las dotaciones obligatorias a efectuar a las provisiones técnicas de acuerdo con lo previsto en el presente Reglamento... tendrán a todos los efectos la consideración de cuantía mínima para la constitución de las citadas provisiones técnicas».

La aparente contradicción entre las dos normas, legal y reglamentaria, debe salvarse, en el sentido de admitir como fiscalmente deducibles las dotaciones que se hayan efectuado de acuerdo con cualquiera de los métodos establecidos en las normas reguladoras de las diferentes provisiones, siempre que dichos métodos se apliquen consistentemente. Por el contrario, no serán fiscalmente deducibles las dotaciones efectuadas por un método diferente que depare una dotación mayor, sino hasta el límite de la dotación derivada de la estricta aplicación de los métodos reglamentarios. Por supuesto, tampoco será deducible la dotación calculada incorrectamente sino hasta el referido límite.

A diferencia de las otras provisiones contablemente conocidas, la corrección en la metodología utilizada en el cálculo de las provisiones técnicas y su adecuación a las bases técnicas de la entidad y al comportamiento real de las magnitudes que las definen, deben ser certificadas por un actuario de seguros. Esta garantía no surte, sin embargo, efectos fiscales, de manera tal que la Inspección

de los Tributos podrá proponer las regularizaciones que entienda pertinentes por entender que la entidad no ha calculado correctamente las dotaciones a las provisiones de acuerdo con las normas previstas en el Real Decreto 2486/1998. Naturalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 de la Ley 43/1995 estas regularizaciones solamente tendrán efectos fiscales.

Un análisis, aunque sea superficial, de las diferentes provisiones, nos ayudará a comprender las normas sobre la deducción, a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de las dotaciones a las provisiones técnicas.

2.3.1. Provisión para primas no consumidas.

La provisión para primas no consumidas está constituida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 del Real Decreto 2486/1998, por el importe de las primas del ejercicio que, por las condiciones del contrato de seguros, deba imputarse al período comprendido entre la fecha de cierre del mismo y el término de la cobertura del riesgo.

Puede observarse que el objetivo de la provisión para primas no consumidas está más próximo al principio del devengo y al de correlación de ingresos y gastos que al de prudencia valorativa que, en principio, es el que alienta a las provisiones para riesgos y gastos. En realidad, la práctica totalidad de las provisiones técnicas responden más bien, al objetivo de los principios señalados en primer lugar, aunque debido a la propia naturaleza del negocio del seguro el riesgo sea un elemento determinante en su regulación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Real Decreto 2486/1998, la imputación temporal de la prima no consumida correspondiente a cada póliza puede realizarse por dos métodos:

- En función de la distribución temporal de la siniestralidad a lo largo del período de cobertura del contrato.
- Linealmente, cuando razonablemente puede estimarse que la distribución de la siniestralidad es uniforme.

Las dotaciones derivadas de uno y otro método son fiscalmente admisibles, aunque, como es natural, uno de los dos determine unas dotaciones mayores en un determinado ejercicio. Ahora bien, una vez escogido un método deberá estarse al mismo, excepto si se justifican suficientemente los motivos para el cambio. Una variación caprichosa no sería fiscalmente admisible, respetándose, en todo caso, el principio de inscripción contable del artículo 19.3 de la Ley 43/1995.

2.3.2. *Provisión para riesgos en curso.*

Esta provisión es complementaria de la anterior y sólo procede su dotación en la medida en que el saldo de la provisión de primas no consumidas no sea suficiente para «...reflejar la valoración de todos los riesgos y gastos a cubrir por la entidad aseguradora que no se correspondan con el período de cobertura no transcurrido a la fecha del cierre del ejercicio» (art. 31.1 Real Decreto 2486/1998).

La provisión para riesgos en curso solamente debe dotarse cuando, de acuerdo con las reglas establecidas en el apartado 2 del artículo 31 del Real Decreto 2486/1998, se constata una insuficiencia en la provisión para primas consumidas. Además, la dotación debe hacerse de acuerdo con el porcentaje previsto en la referida norma, excepto si la Dirección General de Seguros fija uno diferente «...teniendo en cuenta evoluciones recientes y significativas de la siniestralidad o de la tarificación...».

La dotación a la provisión para riesgos en curso efectuada de acuerdo con las normas precedentes será fiscalmente deducible. Por el contrario, la dotación a la citada provisión que no venga exigida reglamentariamente por no concurrir los hechos que denotan la insuficiencia de la provisión para primas consumidas no lo será, ni tampoco aquella que exceda del porcentaje deducido de la aplicación de las normas reglamentarias o del establecido por la Dirección General de Seguros.

2.3.3. *Provisión de seguros de vida.*

El fundamento de toda operación de seguro de vida reside en el denominado principio de equivalencia actuarial en el origen, en cuya virtud el valor de las obligaciones futuras del tomador y las del asegurador se igualan. En dicho equilibrio financiero-actuarial descansa el acuerdo de voluntades entre las partes. A medida que transcurre el tiempo, el valor financiero-actuarial de las obligaciones del asegurador, esto es, de las prestaciones, va superando el valor actual actuarial de las obligaciones del tomador, esto es, las primas. Pues bien, la diferencia entre ambos valores actuales actuariales es el saldo que, en cada momento, debe presentar la provisión de seguros de vida o provisión matemática, así llamada debido a las fórmulas que se emplean para su cálculo. En el momento inicial de la operación, antes del pago de la primera prima, o, en su caso, del pago de la prima única, el valor de la provisión matemática es nulo, a lo largo del desarrollo del contrato, su saldo va aumentando, hasta que en el momento final coincide con el importe de la prestación.

De acuerdo con los fundamentos del contrato de seguro de vida, el artículo 32.2 del Real Decreto 2486/1998, define la provisión matemática como «...la diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y las del tomador o, en su caso, del asegurado».

La definición reglamentaria de la provisión matemática apunta hacia el método de cálculo denominado prospectivo, ya que, conforme a dicho método, la provisión matemática se calcula por diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y tomador. Sin

embargo, la norma reglamentaria también admite el método retrospectivo, que se fundamenta en la acumulación o cálculo del valor final de las primas pagaderas hasta el momento en el que se ha de determinar el saldo de la provisión matemática.

Para determinar el valor actual actuarial de las obligaciones futuras de las partes intervinientes en la operación, ha de seleccionarse un tipo de interés y adoptarse unas tablas de mortalidad, supervivencia o invalidez, según los tipos de contrato de seguro de vida. Al tipo de interés se refiere el artículo 33 del Real Decreto 2486/1998, y a las tablas el artículo 34 de la misma disposición.

En lo que concierne al tipo de interés, el artículo 33 prevé que el mismo no podrá ser superior al que se infiere por la aplicación de un conjunto de reglas. Es decir, establece un límite superior, pero no otro inferior, de forma tal que parece dejar a la entidad aseguradora la capacidad para decidir el tipo de interés aplicable, siempre que el mismo no rebase un determinado límite. A nuestro entender, la libertad de la entidad aseguradora para fijar el tipo de interés aplicable no debe conducir a una adopción caprichosa desprovista de justificación técnica. La norma reglamentaria, fiel al principio de prudencia valorativa, trata de impedir que la provisión matemática se dote por debajo de las necesidades reales pero de ahí no debe seguirse que otorgue la posibilidad de incurrir en el defecto contrario. Por tanto, el tipo de interés que efectivamente se aplique, siempre no superior al que se deduce por aplicación de las normas reglamentarias, deberá contar con el suficiente respaldo técnico, ya que, de otra manera, la dotación a la provisión matemática difícilmente reflejaría, como así lo exige el artículo 32.2 del Real Decreto 2486/1998, «...la diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y las del tomador...». En este sentido, se opina que cuando el tipo de interés aplicado, siendo no superior al que se deduce de las reglas previstas en el artículo 33, carezca de fundamento técnico, la dotación a la provisión matemática es incorrecta y podrá ser rechazada, en el importe que corresponda, a efectos fiscales.

Una postura diferente consistiría en rechazar, a efectos fiscales, las dotaciones a la provisión matemática calculadas en función de un tipo de interés inferior al límite previsto en el artículo 33, en el importe correspondiente, bajo el argumento de que la cuantía mínima a que se refiere el artículo 13.2.e) de la Ley 43/1995, es la dotación obligatoria, según lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 2486/1998, y que dicha dotación es única y exclusivamente la que se calcula aplicando un tipo de interés que coincida con el límite reglamentariamente definido.

A nuestro entender esta postura es excesivamente radical, porque el artículo 33 del Real Decreto 2486/1998 no establece un tipo de interés determinado, ni una banda en el que deba situarse, sino un límite superior que no debe ser rebasado, pero no impide aplicar un tipo de interés inferior, de manera tal que la provisión matemática así calculada cumple con las exigencias reglamentarias, siempre que, como hemos afirmado anteriormente, el tipo de interés aplicado tenga suficiente fundamento técnico.

Por lo que se refiere a las tablas de mortalidad, supervivencia o invalidez, el artículo 34 establece las características básicas de las tablas que deben ser utilizadas, sin imponer una concreta, si bien la disposición transitoria segunda permite la utilización de «...las tablas GRM80 y GRF80 con dos años menos de edad actuarial, y en seguros de fallecimiento las tablas GKM80 y GKF80». Sin embargo, y de manera similar a lo ya visto en relación con el tipo de interés, el último párrafo del apartado 1 del referido artículo permite la utilización de «...tablas más prudentes que, sin cumplir alguno de los requisitos anteriores, tengan un margen de seguridad superior al que resulta de éstos». Nuevamente nos encontramos con el mismo problema que, a nuestro entender, debe resolverse admitiendo, también a efectos fiscales, la tabla más prudente, siempre que se halle técnicamente fundamentada y así lo justifique la entidad aseguradora.

El artículo 36.1 del Real Decreto 2486/1998, prevé que el importe de las provisiones de seguros de vida para cada contrato «...deberá ser, en todo momento, y como mínimo, igual al valor del rescate garantizado». Parece claro que las dotaciones necesarias a la provisión matemática para cumplir dicha norma serán fiscalmente deducibles.

En los seguros de vida cuyo período de cobertura sea igual o inferior al año, la provisión matemática es sustituida por la de primas no consumidas y, en su caso, la de riesgos en curso.

La provisión matemática admite ser contemplada desde diversas perspectivas, además de aquella, básica, que refleja el «...valor de las obligaciones del asegurador neto de las obligaciones del tomador...» (art. 32.1 Real Decreto 2486/1998). La provisión matemática también puede ser contemplada como la expresión de la acumulación de primas de reserva. Bajo esta perspectiva, el resultado que la entidad aseguradora debe reflejar en cada ejercicio es el saldo de ingresos por primas naturales y recargos, pago de siniestros y dotaciones a la provisión matemática de las primas de reserva. Desde este ángulo, la provisión matemática aparece más próxima a una técnica al servicio del principio del devengo y de correlación de ingresos y gastos, que a una provisión para riesgos y gastos.

2.3.4. Provisión de seguros de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión.

Cuando el tomador asume el riesgo de la inversión se difumina extraordinariamente la esencia del seguro, de manera tal que, básicamente, la entidad aseguradora pasa a ser una administradora, bajo determinadas condiciones contractuales formalmente dimanantes de un contrato de seguros, de las sumas recibidas. Por esta razón la provisión matemática no se determina en función del valor actual actuarial de las obligaciones que para ambas partes dimanar del contrato de seguro, sino que «...se determinará en función de los activos específicamente afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos (del tomador)» (art. 34 Real Decreto 2486/1998).

2.3.5. *Provisión para participación en beneficios y para extornos.*

Esta provisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.1 del Real Decreto 2486/1998, recoge el importe de los beneficios devengados en favor de los tomadores, asegurados o beneficiarios, cuando así haya sido establecido en el contrato de seguro, debido al comportamiento experimentado por el riesgo asegurado. Cuando los beneficios se asignen individualmente nace el correspondiente pasivo.

La provisión también se aplica cuando, igualmente debido al comportamiento del riesgo asegurado, proceda restituir las primas a los tomadores y asegurados, por aplicación de los pactos contractuales.

Las dotaciones a esta provisión derivan de lo pactado en el contrato de seguro en relación con el comportamiento de los riesgos asegurados, de manera tal que cubre el importe de las obligaciones contractuales para la entidad aseguradora. Esas obligaciones, de naturaleza contractual, nacen cuando se produce un hecho, a saber, el comportamiento del riesgo asegurado, y no motivan el nacimiento de una cuenta acreedora sino de una provisión mientras que no se produzca la individualización.

Las dotaciones a esta provisión son fiscalmente deducibles, dentro del límite de las obligaciones contraídas.

2.3.6. *Provisión de prestaciones.*

Los artículos 39, 40, 41, 42, 43 y 44 del Real Decreto 2486/1998, regulan la provisión para prestaciones. La provisión para prestaciones se subdivide en cuatro modalidades: provisión de prestaciones pendiente de liquidación o pago, provisión de siniestros pendientes de declaración, provisión de gastos internos de liquidación de siniestros, y provisión de prestaciones en riesgos de manifestación diferida. A su vez, las dotaciones a las provisiones pueden realizarse por métodos individuales o por métodos estadísticos.

La provisión para prestaciones debe cubrir «...el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivadas de los siniestros ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio...» (art. 39.1). Por siniestros ocurridos se entienden los efectivamente acaecidos antes del cierre del ejercicio y declarados hasta 31 de enero del año siguiente o hasta treinta días antes de la formulación de las cuentas anuales si esta fecha fuese anterior (art. 40), y los pendientes de declaración pero que se estima que se han producido (art. 41). Los primeros motivan la dotación a la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago y los segundos la provisión de siniestros pendientes de declaración.

Ambas provisiones, aunque tienen por objeto cubrir el importe de las prestaciones, son cualitativamente diferentes. En efecto, la primera versa sobre hechos producidos, cuya valoración está

pendiente, en tanto que la segunda versa sobre hechos probablemente producidos, de manera tal que tan sólo la dotación a la segunda provisión motiva un gasto fiscalmente deducible que puede entenderse como excepción a la norma prevista en el apartado 1 del artículo 13 de la Ley 43/1995.

La dotación a la provisión para siniestros pendientes de declaración se basa en una estimación de hechos acompañada de una valoración de los mismos. La manera más correcta de efectuar dicha estimación es a través de métodos estadísticos, y así lo establece el artículo 41.1 del Real Decreto 2486/1998. No obstante, cuando la entidad no disponga de un método estadístico fiable, la dotación a la provisión deberá calcularse multiplicando el número estimado de siniestros pendientes de declaración por el coste medio de los mismos, determinado, uno y otro a través de las fórmulas que establece el artículo 41.2 del Real Decreto 2486/1998, y si dichas fórmulas no pudieren ser aplicables por no disponer la entidad de experiencia, la dotación se calculará aplicando el porcentaje del 5 por 100 a la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago del seguro directo o del 10 por 100 para el coaseguro o el reaseguro aceptado.

Las dotaciones así calculadas son fiscalmente deducibles, pero debe tenerse en cuenta que las tres formas de cálculo no son opcionales para la entidad aseguradora, sino que la preferente es la basada en métodos estadísticos, de manera tal que si la entidad dispone de los mismos debe atenerse a lo que resulte de ellos, sin que, por tanto, a efectos fiscales, en tal caso, sean admisibles dotaciones mayores derivadas de alguno de los dos otros métodos.

La dotación a la provisión para prestaciones pendientes de liquidación puede hacerse, a voluntad de la compañía de seguros, valorando individualmente los siniestros o por métodos estadísticos, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 43 del Real Decreto 2486/1998.

Cuando la dotación a la provisión para prestaciones se efectúe según métodos estadísticos, la disposición adicional tercera.² del Real Decreto 2486/1998, establece un límite consistente en «...el importe que haga que la siniestralidad del ejercicio no exceda del resultado de aplicar al importe de las primas periodificadas del ejercicio, el porcentaje determinado por la proporción en que se encuentre la siniestralidad de los cinco ejercicios inmediatamente anteriores al período impositivo, en relación con las primas periodificadas habidas en los cinco ejercicios referidos...».

El límite revela una cierta desconfianza respecto de la aplicación de métodos estadísticos, probablemente porque éstos son propuestos por la propia compañía de seguros, aunque precisen la aprobación de la Dirección General de Seguros. El límite se aplicará en todo caso, aunque el método estadístico propuesto por la compañía de seguros hubiera sido rechazado por la Dirección General de Seguros y la misma hubiere hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 43.5 del Real Decreto 2486/1998, de «...obligar, mediante resolución motivada, a que el importe de la provisión se determine por otros métodos estadísticos, si considera que el importe estimado por la entidad, utilizando un método de valoración individual o un método estadístico, resulta insuficiente y puede comprometer la solvencia de ésta».

Cuando la dotación a la provisión se calcula por el método de valoración individual de siniestros, el último inciso de la disposición adicional tercera.² establece que «en todo caso» será gasto deducible del Impuesto sobre Sociedades. El énfasis que implica la expresión entrecomillada no debe llevarnos a interpretaciones desproporcionadas. En primer lugar, la valoración individual deberá estar suficientemente justificada, tanto en el hecho determinante del siniestro como en su valoración, de manera tal que la Inspección de los Tributos podrá regularizar una dotación no suficientemente justificada en uno u otro aspecto o en los dos. En segundo lugar, cuando la Dirección General de Seguros haga uso de la facultad anteriormente mencionada y ello suponga la corrección de una dotación efectuada por el método de valoración individual, ha de entenderse que se está aplicando un método estadístico, de manera tal que será deducible la dotación que se derive del mismo con el límite previsto en la propia disposición adicional tercera.² del Real Decreto 2486/1998. No obstante, si el referido límite fuere inferior a la dotación calculada por el método de valoración individual de siniestros, entendemos que será deducible la dotación derivada de este último, en cuanto estuviere suficientemente justificada.

2.3.7. *Provisión de estabilización.*

La provisión de estabilización tiene por objeto «...alcanzar la estabilidad técnica de cada ramo o riesgo... y se dotará en aquellos riesgos que por su carácter especial, nivel de incertidumbre o falta de experiencia así lo requieran... por el importe necesario para hacer frente a las desviaciones aleatorias desfavorables de siniestralidad» (art. 45 Real Decreto 2486/1998).

Puede apreciarse que se trata de una provisión para la cobertura de pérdidas eventuales derivadas de un exceso de siniestralidad en relación con la previsible. Por tanto, esta dotación no sería fiscalmente deducible si no fuera porque corresponde a una provisión de carácter técnico de las compañías de seguros, ya que lo impediría el apartado 1 del artículo 13 de la Ley 43/1995.

La provisión para estabilización debe constituirse respecto de los riesgos citados en el apartado 2 del Real Decreto 2486/1998, es decir, responsabilidad civil, seguros agrarios combinados y seguro de crédito, y hasta los límites que en el mismo se establecen. La compañía de seguros puede constituir la provisión respecto de otros riesgos y superar los límites referidos, pero la dotación sólo es obligatoria en relación con los riesgos antes enumerados y hasta los límites reglamentariamente establecidos, como se desprende perfectamente del apartado 2 del artículo 45 del Real Decreto 2486/1998: «Las entidades aseguradoras deberán constituir provisión de estabilización al menos en los siguientes riesgos y hasta los siguientes límites». En consecuencia, considerando que de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 2486/1998 únicamente son fiscalmente deducibles las dotaciones obligatorias, se estima que las dotaciones a la provisión de estabilización relativa a otros riesgos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 45, o que exceda de los límites a que se refiere el mismo, no serán fiscalmente deducibles.

2.3.8. Otras provisiones técnicas.

El Real Decreto 2486/1998 también establece y regula provisiones para el seguro de decesos (art. 46), el de enfermedad (art. 47) y de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo (art. 48). Las dotaciones a las mismas serán también fiscalmente deducibles, en la medida en que no excedan del importe derivado de la aplicación de las reglas establecidas en los referidos preceptos.

2.3.9. Provisión técnica de estabilización del Consorcio de Compensación de Seguros.

La dotación a la provisión técnica de estabilización relativa a las coberturas distintas de las otorgadas en el ámbito del Seguro Agrario Combinado, tendrá la condición de fiscalmente deducible, en los términos y dentro de los límites previstos en el artículo 3 del Real Decreto 2013/1997.

2.4. Provisiones técnicas de las sociedades de garantía recíproca.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.º de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, las sociedades de garantía recíproca tienen como objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en Derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares. El artículo 9.º de la referida Ley 1/1994, obliga a estas entidades a «...constituir un fondo de provisiones técnicas, que formará parte de su patrimonio, y tendrá como finalidad reforzar la solvencia de la sociedad». En este fondo de provisiones técnicas se integran:

- Las dotaciones que la sociedad de garantía recíproca efectúe, sin limitación, y en concepto de provisión de insolvencias.
- Las subvenciones, donaciones y otras aportaciones no reintegrables, que efectúen determinadas entidades, básicamente integrantes del sector público.
- Otras aportaciones que reglamentariamente se determinen.

El fondo de provisiones técnicas debe alcanzar la cuantía mínima obligatoria, prevista en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre, sobre normas de autorización administrativa y requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca.

Pues bien, las dotaciones realizadas al fondo de provisiones técnicas son fiscalmente deducibles de manera plena hasta que el fondo alcance la cuantía mínima obligatoria. Una vez alcanzada dicha cuantía, serán deducibles en su 75 por 100.

Las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas integradas en el fondo de provisiones técnicas, así como los frutos y productos de los mismos no se integrarán en la base imponible. Con ello se trata de asegurar que las sociedades de garantía recíproca puedan hacer un uso pleno y eficaz de las subvenciones recibidas, sin que el Impuesto sobre Sociedades actúe a modo de canalizador del gasto de aquellas Administraciones públicas hacia el ingreso de la Administración del Estado.

Bien se comprende que el fondo de provisiones técnicas de las sociedades de garantía recíproca dista mucho de ser conceptualmente la expresión de obligaciones futuras de cuantía indeterminada, como por otra parte así lo pone de manifiesto el artículo 5.1.d) del Real Decreto 2345/1996, al incluir su saldo, salvo en la parte correspondiente al riesgo de crédito, entre los recursos propios.

Este régimen también se aplica a las sociedades de refinanciamiento del artículo 11 de la Ley 1/1994.

2.5. Provisión para grandes reparaciones.

2.5.1. Naturaleza de la provisión.

Las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 13 de la Ley 43/1995, consideran fiscalmente deducible a las dotaciones a la provisión para reparaciones extraordinarias.

Determinados elementos patrimoniales del inmovilizado material deben ser sometidos, con carácter periódico, a reparaciones extraordinarias, debido, por regla general, a las propias condiciones de utilización técnica. Así, desde el momento de su puesta en funcionamiento se conoce la necesidad de dichas reparaciones si bien se desconoce su importe exacto. Por lo tanto, la provisión para grandes reparaciones o reparaciones extraordinarias, se fundamenta en un hecho no producido, pero que con toda certeza se producirá, determinante de un gasto cuyo importe exacto no está determinado.

La provisión para reparaciones extraordinarias, en cuanto que cubre unos gastos imputables a hechos no producidos y de cuantía indeterminada deriva del principio de prudencia valorativa, y por ello forma parte de las provisiones para riesgos y gastos. Pero la dotación también cumple la función de distribuir un gasto, ciertamente que de cuantía indeterminada, a lo largo de varios ejercicios, de manera tal que, en este sentido, deriva o sirve igualmente al principio de correlación de ingresos y gastos. En este sentido, la regla cuarta 3.b) de la Resolución de 30 de julio de 1991, del ICAC establece que «...se deberá de acuerdo con el principio de correlación de ingresos y gastos, dotar una provisión por la parte proporcional que corresponde a cada ejercicio del importe estimado de la reparación a efectuar...».

Esta apelación al principio de correlación de ingresos y gastos para determinar el importe de la dotación correspondiente a cada ejercicio puede suscitar, tal vez, una crítica respecto de la correcta ubicación sistemática, tanto en el Plan General de Contabilidad como en la Ley 43/1995, de la provisión para reparaciones extraordinarias, pero, admitiendo la parte de verdad que pudiera haber en la misma, ha de tenerse presente que, como veremos seguidamente, la deducción de este gasto está matizada por la exigencia de un conjunto de requisitos previstos en el artículo 13.2.c) y d) y en el desarrollo reglamentario del mismo, sin cuyo cumplimiento dicha deducción no será admisible.

Sucede en esta provisión, como en otras pertenecientes al ámbito de las provisiones para riesgos y gastos, que el principio de correlación de ingresos y gastos juega un papel importante en cuanto guía o criterio para determinar el importe de la dotación de cada ejercicio, pero de ello no debe seguirse que la imputación temporal de estos gastos, a efectos fiscales, se rigen por lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 43/1995. Por el contrario, para determinar el importe de los mismos que a cada período impositivo corresponde habrá de estarse a lo previsto en el artículo 13.2.c) y d), de la citada ley. En particular, con las excepciones que más adelante señalaremos, la deducción del gasto inherente a la dotación queda subordinada a la aprobación administrativa de un plan de dotaciones.

2.5.2. Determinación del importe de las dotaciones a la provisión.

Tratándose de elementos patrimoniales calificados como buques y aeronaves, la letra c) vincula la cuantía de la dotación al importe de las «...reparaciones que sea preciso realizar a causa de las revisiones generales a que obligatoriamente han de estar sometidos buques y aeronaves».

Esta provisión tiene amplios antecedentes en el Impuesto sobre Sociedades, remontándose el primero a la Ley de 12 de mayo de 1956. Posteriormente fue recogida en el artículo 86 de la Ley 41/1964, de 11 de junio, y más tarde por el artículo 117 del Real Decreto 2631/1982.

La regulación vigente se ha limitado a reproducir los precedentes, de manera tal que no ha abordado la cuestión de la determinación del importe de la dotación anual. Cabe, no obstante, esbozar algunos criterios al respecto.

En primer lugar, las dotaciones deben realizarse con vistas a constituir un saldo en el momento de realizar las reparaciones que sea suficiente para cubrir el importe de las mismas. En segundo lugar, la dotación anual deberá ajustarse al principio de correlación de ingresos y gastos, de manera tal que factores tales como la intensidad de utilización del buque o aeronave o de las condiciones de la misma podrán ser tomados en consideración.

Ha de notarse que las normas en materia de seguridad de tráfico marítimo y aéreo imponen reparaciones ordinarias y extraordinarias, perfectamente delimitadas desde el punto de vista técnico y susceptibles de cuantificación relativamente aproximada desde el punto de vista económico. Es

en dichas normas en las que debe fundamentarse el cálculo del saldo a constituir, de manera tal que una dotación no congruente con las mismas no tendrá, en el importe del exceso, la condición de fiscalmente deducible. Corresponde al sujeto pasivo justificar la forma de cálculo de la dotación, en particular su adecuación a las normas técnicas y al principio de correlación de ingresos y gastos, y a la Inspección de los Tributos en la fase de comprobación examinar dicha justificación y, en su caso, proponer una regularización que, a nuestro entender, debe estar fundamentada también en las referidas normas técnicas.

La novedad de la Ley 43/1995 ha consistido en admitir también esta provisión para todo tipo de elementos patrimoniales, lo cual es lógico porque no sólo buques y aeronaves sufren estos procesos de reparaciones extraordinarias. Así, la Resolución del ICAC del 30 de julio de 1991, indica que dicha provisión deberá dotarse en relación con los elementos patrimoniales que reúnan las siguientes características:

- Deben pertenecer al inmovilizado material.
- Deben ser objeto de reparación extraordinaria al finalizar el ciclo de su utilización, siempre que el mismo sea superior a un año.

Es importante notar que la necesidad de proceder a una reparación extraordinaria deriva de la propia contextura técnica del elemento patrimonial, de manera tal que son las características técnicas las que delimitan el conjunto de los elementos patrimoniales susceptibles de motivar la dotación a la provisión. Como es lógico, la norma legal no contiene las previsiones que puedan determinar la pertenencia de los distintos elementos patrimoniales a dicho conjunto, y, tal vez por ello, la deducción de las dotaciones queda supeditada a «...un plan formulado por el sujeto pasivo y formulado por la Administración tributaria...».

El procedimiento para la resolución administrativa en relación con los planes que se formulen se halla regulado en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Aunque los preceptos mencionados son esencialmente procedimentales, es lo cierto que de ellos se desprenden criterios sustantivos, tanto en lo concerniente a los elementos patrimoniales susceptibles de motivar la provisión como al importe de la misma. Así, la letra c) del apartado 2 del artículo 10 establece que la solicitud contenga, entre otros datos, la «Descripción técnica y la justificación de la necesidad de las reparaciones extraordinarias a realizar», y como quiera que el plan debe presentarse bien durante el período de construcción del elemento patrimonial bien dentro de los tres meses siguientes a su puesta en condiciones de funcionamiento, parece claro que sólo las características técnicas del elemento patrimonial pueden ser tomadas en consideración a los efectos de determinar si es procedente o no una provisión para reparaciones extraordinarias. De esta manera quedan excluidos de la provisión referida aquellos elementos patrimoniales que por sus condiciones o características técnicas no se hallen sometidos a

reparaciones extraordinarias cíclicas plurianuales, por más que *a priori* todo elemento patrimonial puede ser objeto de reparación extraordinaria. Lo decisivo es que esa reparación sea conocida desde el momento inicial de la afectación productiva del elemento patrimonial en cuestión, y esto sólo puede suceder cuando el mismo revista unas determinadas características técnicas.

Con la necesidad del plan para que la dotación sea fiscalmente deducible el legislador quiere evitar la conflictividad que, sin duda, habría de producirse caso de fiar la corrección de dotaciones irregulares al procedimiento de comprobación, tanto en lo que concierne a la idoneidad del elemento patrimonial como en lo referente al importe de la dotación adscribible a cada período impositivo. Por esta razón la letra e) del apartado 2 del artículo 10 establece que la solicitud contenga el «importe estimado de las reparaciones, especificando el ejercicio o ejercicios en que deban realizarse, y justificación del mismo», y la letra f) el «criterio de imputación temporal del importe estimado de las reparaciones, y justificación del mismo», ya que, en base a ambas informaciones, podrá determinarse anticipadamente el importe de la dotación imputable a cada período impositivo.

La aprobación del plan de reparaciones formulado inicialmente por el interesado, o de otro alternativo formulado por el mismo en el curso del procedimiento, determina que las dotaciones realizadas a la provisión conforme al plan aprobado sean fiscalmente deducibles.

El plan no tiene eficacia contable, de manera tal que las dotaciones fiscalmente deducibles no tienen por qué ser coincidentes con las dotaciones contables, si bien, debido al principio de inscripción contable previsto en el artículo 19.3 de la Ley 43/1995, la dotación fiscalmente deducible no podrá ser superior a la contabilizada. Ahora bien, considerando los elementos determinantes de la formación de un plan de reparaciones extraordinarias, lo normal es que el sujeto pasivo también lo aplique a efectos contables y, a lo sumo, que la dotación contable sea superior a la dotación fiscalmente admisible.

A diferencia de lo que acontece con los planes de amortización, cuyo rechazo no enerva el derecho del sujeto pasivo a practicar la amortización que estime adecuada, pudiendo probar la corrección de la misma en el procedimiento de comprobación, tratándose de los planes de reparaciones extraordinarias, el rechazo de los mismos implica que las dotaciones a la provisión no serán, bajo ningún concepto, gasto fiscalmente deducible, sin perjuicio de que sí lo sean los gastos efectivamente incurridos. Nótese que así como la amortización es un hecho incontestable, pudiendo discreparse en cuanto al importe imputable a cada período impositivo, la reparación extraordinaria puede o no producirse, de manera tal que descansa sobre un hecho futuro e incierto. En la amortización, cuando se abre el procedimiento de comprobación, el hecho en que se basa, esto es, el desgaste físico o la obsolescencia, ya se ha producido, lo que no ocurrirá, de ordinario, en relación con el hecho en que se basan las reparaciones extraordinarias. Por esta razón, la dotación a la provisión por reparaciones extraordinarias no puede ser objeto de examen y, en su caso, aceptación en el procedimiento de comprobación.

La resolución que pone fin al procedimiento debe producirse dentro de los tres meses contados «...desde la fecha de presentación de la solicitud o desde la fecha de subsanación de la misma a requerimiento de la Administración tributaria...», de manera tal que sobrepasado dicho plazo sin haberse producido una resolución expresa el plan se entiende aprobado.

Aunque la norma reglamentaria nada dice respecto de los recursos a interponer contra la resolución, generalmente se entiende que es susceptible tanto del recurso de reposición como del económico-administrativo. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.1.a) del Real Decreto 391/1996, son susceptibles de impugnación en vía económico-administrativa los actos que «...provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación», y que la resolución desestimatoria niega el derecho a la deducción de las dotaciones a la provisión para reparaciones extraordinarias. En el mismo sentido, dicha resolución aun cuando pudiera ser considerada como de trámite en relación con el procedimiento de gestión, lo cual es dudoso, está decidiendo de manera directa sobre el fondo del asunto, ya que afecta a la formación de la base imponible de varios períodos impositivos y, por tanto, a la deuda tributaria.

2.6. Provisión para abandono de explotaciones económicas.

2.6.1. Naturaleza de la provisión.

El último inciso de la letra d) del artículo 13.1 de la Ley 43/1995, considera gastos fiscalmente deducibles a las dotaciones para la cobertura de «...gastos de abandono de explotaciones económicas de carácter temporal...». El Plan General de Contabilidad no contempla específicamente esta provisión, aunque sí alguna de sus adaptaciones sectoriales, siendo el fundamento legal de la regulación reglamentaria el principio de prudencia valorativa del artículo 38.c) del Código de Comercio, y también el de correlación de ingresos y gastos que, como sabemos, debe entenderse formando parte del principio del devengo del artículo 38.d) del Código de Comercio.

La vinculación de esta provisión al principio de prudencia valorativa es clara, en cuanto que cubre gastos de cuantía indeterminada imputables a hechos no producidos aunque de producción cierta, pero también lo es al principio de correlación de ingresos y gastos porque, al igual que sucedía en la provisión para grandes reparaciones, la dotación a la provisión distribuye el gastos entre varios ejercicios.

2.6.2. Supuestos en los que procede la dotación.

De acuerdo con el precepto legal parcialmente transcrito, el supuesto de hecho en el que se fundamenta la provisión es el abandono de una cosa que reúne dos características:

- Merece la calificación de explotación económica.
- Es de carácter temporal.

No se trata, por tanto, del abandono de elementos patrimoniales aislados, ni de un conjunto de elementos patrimoniales, sino de una organización de medios humanos y materiales destinada a la producción de bienes y servicios para el mercado. Además, no se trata de cualquier explotación

económica, sino aquella que ya desde el inicio se conoce que, por las condiciones técnicas, económicas o jurídicas, debe necesariamente ser abandonada. Nótese que no es lo mismo la acción de abandonar que la de transmitir. El abandono implica que la entidad titular de la explotación económica desafecta los medios humanos y materiales de una determinada finalidad productiva sea para aplicarlos a otra, para dejarlos ociosos o para, simplemente, dejar de utilizarlos de manera definitiva de tal suerte que podrán ser utilizados por otros empresarios.

Los gastos provisionables son todos los vinculados al hecho del abandono. Generalmente se asocian estos gastos con los correspondientes a la retirada de maquinaria, limpieza y regeneración de suelos..., pero no parece que deban ser rechazados otros que tienen una vinculación con el abandono, aunque no en sentido físico, tales como indemnizaciones, cancelaciones registrales, y similares.

Como hemos apuntado anteriormente, algunas adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad regulan provisiones cuyas dotaciones podrían tener amparo, a efectos de su deducción, en el artículo 13.2.d) de la Ley 43/1995. Seguidamente las examinamos.

En la adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Constructoras, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993, encontramos cuatro provisiones relacionadas con la materia que nos ocupa: provisión para indemnizaciones por fin de obra, para indemnizaciones del personal, para terminación de obras y para pérdidas por obras; en la adaptación a las Empresas del Sector Eléctrico, aprobada por Real Decreto 437/1998, de 20 de marzo, dos: provisión para actuaciones medioambientales y provisión para indemnizaciones a terceros; en la adaptación a las Sociedades concesionarias de autopistas, aprobada por Orden de 10 de diciembre de 1998, una: provisión para actuaciones medioambientales; y, finalmente, en la adaptación a las Empresas del Sector de Abastecimiento y Saneamiento de Agua, dos: provisión para actuaciones medioambientales y provisión para sequía.

La provisión para indemnizaciones por fin de obra (492), cubre «...los gastos por indemnizaciones al finalizar la obra». Para dilucidar si la dotación es fiscalmente deducible, debemos examinar si una obra determinada se trata de una explotación económica y si, en caso afirmativo, es de carácter temporal.

La obra, en sí misma, es el producto de la explotación económica, de manera tal que, en sentido estricto, no es una explotación económica. Pero el sentido de la definición contable nos lleva, más bien, a una noción de la obra como actividad y fruto de la misma, es decir, como la ejecución y el resultado de la ejecución, de manera tal que, desde esta perspectiva, la obra es una explotación económica. La obra es una explotación económica de carácter temporal ya que, por su propia naturaleza, concluye dentro de un plazo técnicamente determinable.

¿Son los gastos por indemnizaciones gastos de abandono? No es posible, en abstracto, formular una opinión sólida, pero en la medida en que las indemnizaciones estén vinculadas, como así parece, al hecho de la finalización de la obra, la respuesta debe ser positiva.

La provisión para indemnizaciones del personal (496), cubre los gastos por «...indemnizaciones al personal, por obras». Si se trata de indemnizaciones por despidos consecuentes a la finalización de la obra, la dotación podría ser fiscalmente deducible en la medida en que los mismos deban necesariamente producirse una vez finalizada la obra, y no lo sería si el despido no fuere un hecho necesario, habida cuenta de las circunstancias económicas.

La provisión para terminación de obra (497), se dota para «...hacer frente a los gastos de conservación de la obra durante el período de garantía, retirada de obra y levante de instalaciones y gastos de liquidación y fianzas hasta su devolución». Parece claro que los gastos relativos a los conceptos contenidos en la definición contable, a excepción de los relativos a la conservación de la obra, pueden, ampliamente hablando, entenderse como gastos de abandono, en particular los concernientes a la retirada de obra y levante de instalaciones.

La provisión para pérdidas por obras (498) se dota para cubrir la «...estimación de pérdidas en obras no finalizadas...». Entendemos que esta provisión es ajena a la cobertura de los gastos por abandono.

La provisión para actuaciones medioambientales (145, en los tres planes) se dota, en los tres planes, para la cobertura de «...obligaciones legales o contractuales de la empresa o compromisos adquiridos por la misma, para prevenir, reducir o reparar los daños del medioambiente». En principio, estas dotaciones no serán fiscalmente deducibles, excepto si los gastos medioambientales deben realizarse para reparar los daños producidos por instalaciones y otros elementos afectos a explotaciones económicas que son abandonadas.

Finalmente, la provisión para sequía (148), que se dota para cubrir «...los gastos y pérdidas originados en período de sequía...», nada tiene que ver con la provisión para gastos de abandono, y como quiera que la dotación a esta provisión cubre quebrantos derivados de hechos no producidos, aunque previsibles, no será fiscalmente deducible.

2.6.3. Determinación del importe de las dotaciones a la provisión.

El importe de la dotación que será fiscalmente deducible es el que conste en «...un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la Administración tributaria...». El procedimiento en relación con el citado plan está contenido en el artículo 12 del Real Decreto 537/1997. El núcleo del mismo reside en la justificación, a cargo del interesado, del carácter temporal de la explotación económica y en la formulación, también a cargo del interesado, de un criterio de imputación temporal, que, a nuestro entender, deberá inspirarse en el principio de correlación de ingresos y gastos.

El plan carece de efectos contables, de manera tal que el interesado no deberá llevar su contabilidad necesariamente con arreglo al mismo, pero por aplicación del principio de inscripción contable la dotación deducible no podrá exceder de la contabilizada.

El acto por el que se desestime el plan formulado por el sujeto pasivo será recurrible tanto en vía de reposición como económico-administrativa, por las mismas razones que expusimos en relación con los planes de reparaciones extraordinarias.

2.7. Provisión para garantías.

2.7.1. Naturaleza de la provisión.

La letra g) del artículo 13.2 de la Ley 43/1995 considera fiscalmente deducibles a las dotaciones «...para la cobertura de garantías de reparación y revisión...», si bien, como seguidamente se expone, con sometimiento a un límite. También son fiscalmente deducibles «...las dotaciones para la cobertura de gastos accesorios por devoluciones de ventas».

La provisión cubre los gastos de cuantía indeterminada imputables a un hecho futuro y de producción incierta, de manera tal que, desde esta perspectiva, forma parte de las provisiones para riesgos y gastos, y su fundamento legal es el principio de prudencia valorativa. Pero, en alguna medida, también participa de lo ordenado por el principio del devengo en relación con el reconocimiento contable de los ingresos por ventas, ya que los gastos por revisión y reparación están asociados a los referidos ingresos. Tal vez sea por ello por lo que el Plan General de Contabilidad regula esta provisión en el grupo 4, bajo la denominación de «provisión para otras operaciones de tráfico». Esta provisión está destinada a la «...cobertura de gastos por devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otros conceptos análogos».

2.7.2. Supuestos en los que procede la dotación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 345 del Código de Comercio el vendedor queda obligado a la «...evicción y saneamiento». El vendedor está obligado a garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, de manera tal que cuando éste se ve privado de la misma por sentencia firme, aquél debe resarcirle mediante la restitución del precio y la compensación de ciertos gastos, básicamente.

La dotación que pudiera hacerse para la cobertura de los gastos mencionados no será fiscalmente deducible, porque no puede subsumirse bajo los conceptos de «reparación y revisión».

El vendedor también está obligado a garantizar al comprador los vicios o defectos de cantidad o calidad que afectaren a las cosas vendidas, de manera tal que si los mismos existieran, el comprador podrá «...optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubiesen causado por los defectos o faltas», de acuerdo con lo previsto en el artículo 336 del Código de Comercio.

No toda la dotación que pudiera hacerse para la cobertura de los gastos a que da lugar el saneamiento es fiscalmente deducible. En efecto, las devoluciones de ventas, en la terminología del Plan General de Contabilidad, que son consecuencia de la rescisión del contrato no pueden entenderse comprendidas bajo los conceptos de «reparación y revisión». Lo mismo cabe decir de las indemnizaciones por perjuicios causados.

El ámbito de la dotación fiscalmente deducible se limita a los gastos derivados de las garantías de reparación y revisión que, ciertamente, se inscriben en la obligación de saneamiento, pero sólo representan un aspecto limitado de la misma.

La reparación se producirá cuando el comprador opte por el cumplimiento del contrato con arreglo a lo convenido, de manera tal que el vendedor deba reparar la cosa vendida para adecuarla a la calidad convenida, sea eliminando los defectos que la misma padece o incorporándole lo necesario para alcanzar el nivel de calidad convenido. Pues bien, la dotación efectuada para cubrir estos gastos será fiscalmente deducible.

La garantía de revisión también guarda relación con la obligación de saneamiento, pues, en efecto, la revisión tiene por finalidad asegurar la calidad de la cosa vendida, su correcto funcionamiento técnico, básicamente, durante un cierto tiempo a partir de la entrega. La revisión genera unos gastos que van asociados al ingreso por la venta, de manera tal que la cobertura de los gastos correspondientes, aunque se realice a través de una provisión para riesgos y gastos, tiene una relación indudable con el principio del devengo.

Finalmente, también es fiscalmente deducible la dotación para cubrir los gastos accesorios en relación con las devoluciones de ventas que puedan producirse como consecuencia de la rescisión del contrato en virtud de la obligación de saneamiento. Nótese que la dotación fiscalmente deducible es la relativa a los gastos accesorios que acarreen las devoluciones de ventas, pero no la concierne a las propias devoluciones.

2.7.3. Determinación del importe de las dotaciones a la provisión.

La dotación fiscalmente deducible no podrá sobrepasar un límite que se calcula aplicando a las ventas con garantías vivas existentes a la conclusión del período impositivo un coeficiente calculado en «...la proporción en que se hubieran hallado los gastos realizados para hacer frente a las garantías habidas en el período impositivo y en los dos anteriores en relación con las ventas con garantías realizadas en dichos períodos impositivos».

Por consiguiente, para la determinación del límite hay que identificar las siguientes magnitudes:

- Ventas con garantías vivas a la finalización del período impositivo (Vg_0). Nótese que las ventas pueden ser del propio período impositivo o de otro u otros precedentes. Lo importante es que se trate de ventas todavía sujetas a la obligación de garantía por parte del vendedor. Lo normal será que, considerando las prácticas habituales de los períodos de garantía, la mayor parte de las ventas con garantías vivas a la conclusión del período impositivo se hayan realizado en el mismo.
- Ventas con garantías realizadas en el período impositivo (Vg_0) y en los dos períodos impositivos precedentes (Vg_1 ; Vg_2), aunque dichas garantías ya no estén vivas.
- Gastos efectivamente incurridos en el período impositivo (G_0) y en los dos períodos impositivos precedentes (G_1 ; G_2) para hacer frente a las reparaciones, revisiones y gastos accesorios.

A nuestro entender, lo más correcto sería calcular tres porcentajes diferentes, referidos a reparaciones, revisiones y gastos accesorios cada uno de ellos, ya que de esta manera se gana en precisión. Sin embargo la norma no efectúa esta matización.

De acuerdo con lo expuesto el límite se calculará de la siguiente manera:

$$Vg_0 \times \frac{G_0 + G_1 + G_2}{Vg_0 + Vg_1 + Vg_2} = \text{límite}$$

El límite lo es de la dotación que corresponda al período impositivo. Por lo tanto, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad, la provisión para otras operaciones de tráfico (499), que es la que recoge las dotaciones para la cobertura de este tipo de gastos, debe cargarse al cierre del ejercicio por el importe de la dotación efectuada en el ejercicio anterior, el gasto a computar por el período impositivo es la diferencia entre la dotación y la reversión de la del ejercicio anterior, pero el límite se aplica sobre la dotación y no sobre la citada diferencia.

Nótese, finalmente, que la función del límite es constreñir el importe de la dotación que tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible, de manera tal que no es admisible gasto alguno que no esté soportado por una dotación, lo que, por otra parte, también se desprende del principio de inscripción contable del artículo 19.3 de la Ley 43/1995.

En el caso de entidades de nueva creación el límite se calcula tomando las magnitudes que se hayan verificado. Así, en el primer período impositivo, tan sólo podrá tomarse V_0 y G_0 , llegándose a una aplicación normal del límite en el tercer período impositivo.

3. COBERTURA DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES Y ASIMILADOS

3.1. Antecedentes.

Si ha habido una materia díscola en el Impuesto sobre Sociedades ha sido la relativa a la cobertura de los compromisos de las empresas sobre pensiones y asimilados. Afortunadamente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/1987 se aclaró un aspecto fundamental, a saber, que las dotaciones a fondos internos, es decir, a provisiones para la cobertura de los referidos compromisos no eran fiscalmente deducibles. De esta manera se puso fin a un largo conflicto motivado por la aparente contradicción entre los artículos 84 y 107 del Real Decreto 2361/1982, de 15 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, y las desafortunadas normas de desarrollo contenidas en la Orden de 3 de noviembre de 1992 y en la de 28 de octubre de 1993, así como en la Resolución de 17 de enero de 1984 de la Dirección General de Tributos.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993, es decir, fechada diez años después del origen del conflicto, vino a dar la razón a la Hacienda Pública la cual sostenía la no deducibilidad de las dotaciones a fondos internos. La sentencia tiene un interés doble, como resumen de un conflicto «histórico» y también como elemento para la interpretación de ciertas disposiciones vigentes. En el considerando sexto de la misma se resume el conflicto y se le da cumplida solución: «Puede decirse en síntesis que la cuestión controvertida se reduce a establecer si con arreglo a Derecho las provisiones por complementos de pensiones asentadas en los cargos a cuenta de resultados... es o no deducible fiscalmente en el Impuesto sobre Sociedades, con arreglo al artículo 84.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades... La respuesta ha de ser negativa... el propósito de la ley es el de excluir de la deducción estas dotaciones si su administración y disposición corresponden al sujeto pasivo...».

Desde el origen del conflicto hasta su resolución judicial, los sujetos pasivos adoptaron diversas posturas, según su percepción de los riesgos en los que incurrían. Así, hubo quienes ajustaron su base imponible positivamente en el importe de las dotaciones a fondos internos, y de entre éstos algunos impugnaron sus propias autoliquidaciones, y también quienes no hicieron tales ajustes positivos, algunos de los cuales sufrieron regularizaciones tras el pertinente procedimiento de comprobación, las cuales no siempre llegaron a buen fin porque en su camino se cruzó la cuestión de la inactividad por más de seis meses de las oficinas liquidadoras. ¿Asuntos del pasado? En absoluto, porque las provisiones constituidas están llamadas a desaparecer cuando sean transferidos los patrimonios en los que están materializadas a los empleados en los que concurren las contingencias cubiertas, básicamente jubilación, de manera tal que la fiscalidad que deba tener dicha transmisión es lógico que dependa de la que tuvo la dotación. Así se entiende que el segundo párrafo de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, establezca un matiz en relación con la mencionada transmisión para el caso de que el fondo interno «...hubiera sido dotado con carácter parcialmente deducible...».

3.2. Régimen vigente.

El régimen vigente en el Impuesto sobre Sociedades de la cobertura por compromisos sobre pensiones y asimilados está decisivamente influido por la legislación financiera, contenida en la Ley 8/1987, en particular en su disposición adicional primera.

La disposición adicional primera de la Ley 8/1987, según redacción establecida por la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, y por la disposición adicional primera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no contiene mandatos de naturaleza fiscal, pero el régimen financiero que la misma establece influye decisivamente en el mismo. En este sentido conviene esbozar sus principales contenidos, que, a nuestro entender, pueden ser reducidos a los siguientes:

- Los compromisos por pensiones asumidas por las empresas deben instrumentarse bien a través de la formalización de un plan de pensiones bien mediante contratos de seguro.
- Son compromisos por pensiones los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa vinculados a las contingencias previstas en el artículo 8.6 de la Ley 8/1987.
- Los contratos de seguro deben reunir un conjunto de requisitos. Este conjunto de requisitos, como más adelante se verá, son los que el artículo 13.3 de la Ley 43/1995 ha utilizado, casi en su totalidad, para definir la deducción de las primas.
- Prohibición absoluta de que la cobertura de los compromisos sobre pensiones y asimilados se cubran mediante fondos internos o instrumentos similares que supongan el mantenimiento por parte de la empresa de la titularidad de los recursos constituidos.

La regulación financiera, como ya hemos apuntado, y seguidamente veremos, determina el régimen fiscal.

Las obligaciones impuestas por la disposición adicional primera de la Ley 8/1987 sobre las empresas afectan tanto a compromisos contraídos a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 como a los ya existentes en dicha fecha, y de aquí que haya debido establecerse un régimen transitorio contenido en las disposiciones transitorias decimocuarta, decimoquinta y decimosexta de la referida Ley 30/1995. Estas disposiciones regulan tanto los aspectos financieros como los fiscales.

Finalmente, debemos considerar que el compromiso por pensiones y asimilados vincula a una empresa con sus empleados, esencialmente y, por lo tanto, la fiscalidad que afecta a estos últimos también resulta concernida.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la exposición que sigue distinguirá entre el régimen fiscal ordinario y el transitorio y dentro de cada uno de ellos entre el régimen de planes de pensiones y el de contratos de seguro.

3.2.1. Régimen ordinario.

3.2.1.1. Régimen de los planes y fondos de pensiones.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995, son deducibles «...las contribuciones de los promotores de planes de pensiones regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones».

A nuestro entender el mandato legal adolece de varios defectos. En primer lugar, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, el resultado contable es el núcleo básico de la base imponible, el mandato es superfluo, pues es obvio que toda aportación de las empresas a los fondos de pensiones de sus empleados es un gasto contable. En segundo lugar, la ubicación sistemática es imperfecta, porque el artículo 13 regula la provisión para riesgos y gastos, y la cobertura de un compromiso mediante la instrumentación de un plan de pensiones es ajena a la mecánica de las provisiones para riesgos y gastos, aun cuando estemos en ambos supuestos ante técnicas de cobertura de gastos futuros. Téngase en cuenta que la titularidad de los recursos patrimoniales aportados por la empresa corresponde a los partícipes y sus beneficiarios (art. 8.4 Ley 8/1987) y que la administración de los mismos se realizará por una Entidad Gestora (art. 13 Ley 8/1987), de manera tal que el gasto contable para la empresa es inapelable.

Sin embargo los mencionados defectos no tienen mayor trascendencia, porque la identificación de un plan de pensiones de los regulados en la Ley 8/1987, no ofrece dificultad alguna.

Las contribuciones de las empresas a los planes y fondos de pensiones de sus empleados son un gasto derivado de la aplicación al proceso productivo del factor trabajo que se rige por el principio del devengo en cuanto a su imputación temporal. Quiere esto decir que la contribución es, sin disputa, gasto fiscalmente deducible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995, pero la imputación temporal de la misma se rige por lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 43/1995, excepción hecha de las provisiones que más adelante se examinarán en relación con el denominado régimen transitorio.

La contrapartida del referido gasto es un ingreso o rendimiento del trabajo personal, y, en tal sentido, el artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998, califica como rendimiento íntegro del trabajo a «Las contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones...», cuya tributación, sin embargo, quedará diferida hasta el pago de las prestaciones por aplicación de lo previsto en los artículos 46.1.4.º y 16.2.3.ª de la Ley 40/1998.

Por lo tanto, el gasto se devenga con ocasión de la prestación del servicio por el empleado, y será fiscalmente deducible en el Impuesto de Sociedades con tal que se realice la pertinente contribución al plan y fondo de pensiones, pero el correlativo ingreso tributará cuando, ocurrida la contingencia, se paguen las prestaciones. La conjunción de la tributación prevista en la Ley 43/1995 y en la Ley 40/1998, determina un régimen de diferimiento que se caracteriza por computar el gasto de manera económicamente ortodoxa y diferir el ingreso, si bien con el límite absoluto de 1.100.000 pesetas incrementado en relación con los trabajadores mayores de 52 años en la forma prevista en el artículo 13 del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, según redacción establecida por el Real Decreto 1589/1999.

3.2.1.2. Régimen de los contratos de seguro.

Como ha quedado apuntado, las empresas también pueden cubrir sus compromisos sobre pensiones y asimilados a través de contratos de seguro que reúnan los requisitos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987. Pues bien, para que las primas sean fiscalmente deducibles debe cumplirse la totalidad de los siguientes requisitos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995:

- Ser imputadas fiscalmente a las personas a quienes se vinculan las prestaciones [letra a) del art. 13.3].
- Generar un derecho irrevocable a la percepción de prestaciones futuras [letra b) del art. 13.3].
- Transmitir la titularidad y la gestión de los recursos en que dichas primas consisten [letra c) del art. 13.3].

Si comparamos estos requisitos con los previstos en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, en relación con los contratos de seguro aptos para cubrir los compromisos sobre pensiones y asimilados podremos concluir que, por lo común, los señalados en segundo y tercer lugar se cumplirán en todo caso. En efecto, el tercer requisito es, en realidad, propio de los contratos de seguros en cuanto que la compañía de seguros adquiere la titularidad de los recursos económicos obtenidos bajo la forma de prima y, naturalmente, los gestiona, aplicándolos a la adquisición de elementos patrimoniales que son la materialización de las provisiones técnicas, y el segundo requisito también debe entenderse existente en el contexto de un contrato de seguro cuyos «...derechos de rescate y de reducción del tomador sólo podrán ejercerse al objeto de mantener en la póliza la adecuada cobertura de sus compromisos por pensiones vigentes en cada momento o a los exclusivos efectos de la integración de los compromisos cubiertos en dicha póliza en otro contrato de seguro o en un plan de pensiones...».

El primer requisito es de naturaleza exclusivamente fiscal, de manera tal que se superpone al contrato de seguro como un elemento relacionado con el mismo pero no necesariamente concurrente.

La imputación fiscal es un acto del empresario en cuya virtud se especifica la parte de prima aportada que corresponde a los compromisos asumidos con cada empleado a los efectos de considerar tal importe como rendimiento del trabajo personal del mismo. Dicho acto se materializa a través de la consignación del referido importe en la relación de perceptores a que se refiere el artículo 101 del Real Decreto 214/1999. Hasta la entrada en vigor de la Ley 40/1998 la imputación fiscal dependía exclusivamente de la voluntad del empresario, pero a partir de la misma la imputación fiscal «...tendrá carácter obligatorio en los contratos de seguro de vida que, a través de la concesión del derecho de rescate o mediante cualquier otra fórmula, permitan su disposición anticipada por parte de las personas a quienes se vinculan las prestaciones» [art. 16.1.e) Ley 40/1998]. Por tanto, si el derecho de rescate se otorga a las personas llamadas a percibir las prestaciones de manera tal que las mismas puedan hacer efectivos, a su voluntad, los derechos económicos acumulados, es decir, el valor del seguro, la imputación fiscal es obligatoria. No obstante la imputación fiscal no es obligatoria cuando, a pesar de corresponder el derecho de rescate a las personas a quienes se vinculan las prestaciones el mismo solamente pueda ejercerse «...para los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración, en los términos que se establezcan reglamentariamente» [art. 16.1.e) Ley 40/1998].

De acuerdo con lo expuesto, la imputación fiscal se somete al siguiente régimen:

- Como regla general es un acto que depende de la voluntad del empresario.
- Es obligatoria en el caso particular en que las personas a quienes se vinculan las prestaciones puedan hacer efectivos los derechos económicos a través del derecho de rescate, excepto si dicho rescate está condicionado a las circunstancias de enfermedad grave o desempleo de larga duración, tal y como las mismas se definen en el artículo 10 bis) del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, incorporado por el Real Decreto 215/1999.

Considerando que, como hemos expuesto, los requisitos previstos en las letras b) y c) del artículo 13.3 de la Ley 43/1995 concurren en todos los contratos que cumplen con la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, parece claro que la deducción depende, para este tipo de contratos, de la imputación fiscal. Es por esta razón por la que el artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998, considera rendimientos íntegros del trabajo personal a «...las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones en los términos previstos por la disposición adicional primera de la Ley 8/1987... cuando las mismas sean imputadas a aquellas personas a quienes se vinculen las prestaciones...», ya que, cumplido dicho requisito, siendo los otros dos inherentes al propio contrato, el referido rendimiento tiene su perfecta correspondencia en el gasto del Impuesto sobre Sociedades que grava al empresario que realizó las aportaciones. No obstante, al igual que acontecía en el caso de los planes de pensiones, la tributación del rendimiento podrá quedar diferida hasta el momento del pago de las prestaciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 46.1.3.º y 16.2.5.ª de la Ley 40/1998.

En consecuencia, el gasto se devenga con ocasión de la prestación del servicio por el empleado, y será fiscalmente deducible con tal que concurran los requisitos previstos en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995, pero el correlativo ingreso, en determinados casos, tributará cuando, ocurridas las contingencias, se paguen las prestaciones. Se trata de un régimen de diferimiento.

La diferencia entre la instrumentación de la cobertura de los compromisos por pensiones y asimilados a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro reside en que en el primer caso el diferimiento se produce siempre, en tanto que en el segundo sólo cuando habiendo habido imputación fiscal el contrato es de los previstos en el artículo 46.1.3.º de la Ley 40/1998.

Cuando no haya habido imputación fiscal, la deducción en el Impuesto de Sociedades se producirá «...en el período impositivo en el que se abonen las prestaciones...», de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.5 de la Ley 43/1995, y la integración del rendimiento en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas también se producirá en dicho período impositivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.2.5.ª de la Ley 40/1998.

3.2.2. Régimen transitorio.

Las disposiciones transitorias decimocuarta, decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1995, establecen el régimen financiero y fiscal de los empresarios que en el momento de la entrada en vigor de la misma tengan compromisos por pensiones con sus trabajadores cuya instrumentación no se halle ajustada a la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, es decir, que dicha instrumentación no se haya realizado a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro colectivo que reúna los requisitos previstos en la citada disposición.

Desde la perspectiva financiera, el régimen transitorio regula la manera en cómo los empresarios deben adaptar la instrumentación de sus compromisos sea a un plan de pensiones o a un contrato de seguro de los anteriormente mencionados, y desde la perspectiva fiscal se regulan las consecuencias de ambas formas de instrumentación.

Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores disfrutaban de un régimen transitorio particular. En efecto, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria decimocuarta.2 de la Ley 30/1995, dichas entidades podrán mantener «...los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos...». Ha de observarse que tal régimen solamente se refiere a los compromisos existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de manera tal que los contraídos con posterioridad deberán atenerse al régimen general. En realidad, más que ante un régimen transitorio, estamos ante una excepción al régimen transitorio, en favor de las entidades anteriormente mencionados.

El régimen transitorio regula, en lo esencial, la transferencia de elementos patrimoniales, generalmente materialización de provisiones para pensiones, desde el patrimonio de la entidad que tiene asumidos compromisos a un plan de pensiones o a una compañía de seguros.

El plazo previsto inicialmente para efectuar la transmisión fue el de tres años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, es decir, hasta el día 10 de mayo de 1999. Posteriormente, la disposición adicional decimotercera de la Ley 50/1998 prorrogó el plazo hasta el día 1 de enero del año 2001.

3.2.2.1. Régimen de los planes y fondos de pensiones.

La disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1995, desarrollada por el Capítulo II 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, regula los aspectos financieros del régimen transitorio, en tanto que los aspectos fiscales se regulan en el apartado 1 de la disposición transitoria decimosexta de la mencionada Ley 30/1995, según redacción establecida por el apartado Dos del artículo 31 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

Los recursos financieros que deben transferirse al plan de pensiones son los necesarios para hacer frente a la cobertura de las obligaciones, por servicios pasados, contraídas por la empresa con sus trabajadores, incluidos los correspondientes a nuevos compromisos asumidos por la empresa a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, y también a las obligaciones contraídas por la empresa con trabajadores jubilados y beneficiarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Real Decreto 1588/1999. Pues bien, la transferencia de estos recursos determina efectos fiscales tanto en la empresa como en los trabajadores, jubilados y beneficiarios.

En lo que concierne a la entidad que realiza la aportación de los recursos, lo normal es que, por aplicación de las normas contables, dichos recursos se hallen constituidos bajo la forma de una provisión para pensiones y obligaciones similares (140 PGC), de manera tal que la aportación consistirá en transferir al plan de pensiones los elementos patrimoniales en los que estaba materializada la provisión. Pues bien, dicha transferencia, determina, en el Impuesto sobre Sociedades, los siguientes efectos:

- Gasto fiscalmente deducible. Así lo indica el primer párrafo de la disposición transitoria decimosexta.1, cuando otorga a las contribuciones el efecto de que «...podrán ser objeto de deducción en el impuesto personal del promotor...». Nótese que, de esta manera, el régimen transitorio no hace sino reproducir el efecto fiscal general de las contribuciones empresariales a planes de pensiones regulado en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995.
- La deducción está condicionada al traspaso de los recursos al plan de pensiones. En realidad, este requisito, establecido durante la vigencia de la Ley 43/1995, no hace sino abundar en los requisitos previstos en el régimen general, a menos que se entienda que entre las contribuciones a que se refiere el artículo 13.3 de la Ley 43/1995 están tanto las efectivamente realizadas como las que deban efectuarse en virtud de los compromisos asumidos, lo que no parece posible porque la esencia del régimen financiero del sistema de planes y

fondos de pensiones reside en que, en la modalidad de empleo, la empresa transfiere los riesgos a una entidad independiente, esto es, el fondo de pensiones, y dicha transferencia no se produce sino desde el momento en el que los recursos son transmitidos efectivamente.

- El importe de la deducción en cada ejercicio «...no podrá superar el 10 por 100 del total de las contribuciones a planes de pensiones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en las disposiciones transitorias decimocuarta y decimoquinta...» de la Ley 30/1995. La base de cálculo del referido límite es el importe de la contribución que debe realizarse para hacer frente a las obligaciones contraídas por la empresa en los términos previstos en el artículo 10 del Real Decreto 1588/1999, es decir, el importe que la empresa debe transferir, aun cuando todavía no la haya transferido, y no el importe efectivamente transferido. Así, el importe efectivamente transferido, esto es, la contribución realizada es el gasto fiscalmente deducible, pero dicho gasto se ve limitado en el 10 por 100 sobre la contribución total a efectuar.

Considerando que las contribuciones cubren obligaciones relativas a servicios pasados, desde el punto de vista económico el gasto lo fue de los ejercicios económicos en los que se prestaron dichos servicios, aunque no a efectos fiscales por permanecer los recursos afectos a las prestaciones futuras en el patrimonio de la empresa, de manera tal que una vez transferidos los recursos al plan de pensiones, el gasto contable debería, sin más, haberse considerado fiscalmente deducible. Desde esta perspectiva el límite del 10 por 100 no tiene otra justificación que la recaudatoria, si bien a algunas empresas también les puede beneficiar una deducción escalonada en el tiempo ya que, de otro modo, podrían sufrir bases imponibles negativas de incierta compensación.

- Los recursos transferidos con cargo a fondos internos cuya dotación fue gasto fiscalmente deducible no darán derecho a una nueva deducción. En tal caso «...la deducción fiscal de las contribuciones a planes de pensiones, realizadas al amparo del presente régimen transitorio, será proporcional a las dotaciones no deducibles...». Puesto que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/1987, las dotaciones a provisiones o fondos internos para la cobertura de los compromisos por pensiones no fueron fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo previsto en la redacción original de la disposición adicional primera de la referida ley, a cuyo tenor «...En todo caso, se excluye la deducibilidad en la imposición personal del empresario de cualquier dotación de fondo interno o concepto similar...», las únicas dotaciones que pudieron, de hecho, ser fiscalmente deducibles fueron las practicadas con anterioridad, y decimos de hecho, porque jurídicamente tampoco hubieran debido serlo habida cuenta de lo establecido, en relación con lo previsto en el artículo 13.d).3) de la Ley 61/1978, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993, anteriormente citada.

Cuando en un mismo fondo interno cuya materialización se transfiera a un plan de pensiones coincidan dotaciones deducibles y no deducibles, deberá calcularse la siguiente proporción:

Dotaciones no deducibles

Saldo de la provisión o fondo interno

y el coeficiente resultante se aplicará a las cantidades que hubieran sido fiscalmente deducibles caso de haber sido la totalidad de las dotaciones no deducibles, siendo deducible el importe resultante.

Es oportuno resaltar que los límites establecidos respecto del gasto fiscal generado con ocasión de la contribución al plan de pensiones no dependen de las circunstancias del denominado plan de reequilibrio, a diferencia de lo que acontecía en la reducción original de la disposición transitoria decimosexta.1 de la Ley 30/1995.

En lo que concierne a los empleados, jubilados y beneficiarios, el penúltimo párrafo de la disposición transitoria decimosexta.1 de la Ley 30/1995, establece que las contribuciones «...no se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... sin perjuicio de la tributación futura de las prestaciones en los términos previstos en la normativa vigente».

Nuevamente podemos observar que el régimen transitorio se construye sobre la imagen del régimen ordinario, ya que en este último las contribuciones de la empresa, a pesar de ser rendimiento en especie del trabajo personal, tampoco se integran en la base liquidable por virtud de la reducción prevista en el artículo 46.1.4.º de la Ley 40/1998.

A modo de síntesis podemos afirmar que el régimen transitorio de las contribuciones empresariales a planes y fondos de pensiones, se inspira en los mismos principios que rigen el régimen ordinario, aunque con dos matizaciones en lo concerniente a los límites:

- El gasto deducible en la entidad aportante se limita, para cada período impositivo, al 10 por 100 de la contribución necesaria para cubrir los compromisos objeto del régimen transitorio.
- La no integración en la base imponible, y por tanto tampoco en la liquidable de los partícipes del plan de pensiones no está sometida a los límites, tanto de carácter absoluto como relativo, previstos en el artículo 46.1.4.º de la Ley 40/1998.

3.2.2.2. Régimen de los seguros de vida.

El régimen financiero de la instrumentación de los compromisos a que se refiere la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995, se regula en la sección 2.ª del capítulo III del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre. El desarrollo reglamentario no es, por otra parte, completo, ya que sólo contempla la adaptación de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del referido reglamento (arts. 35 y 37 del Real Decreto 1588/1999). No obstante, el régimen financiero de la instrumentación de fondos internos en contratos de seguro puede entenderse subsumido en el régimen ordinario de los contratos de seguro que pueden instrumentar compromisos por pensiones contenido en la sección 1.ª del citado capítulo III.

El régimen fiscal se halla contenido en la disposición transitoria decimosexta.2 de la Ley 30/1995. Dicho régimen no es aplicable a los contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social que cumplan determinados requisitos, ni tampoco a aquellos contratos relativos a jubilados y beneficiarios, todo ello en virtud de sendas modificaciones introducidas en las disposiciones transitorias decimosexta.1 y decimoquinta.5, respectivamente, según tendremos ocasión de estudiar más adelante. Así pues, el régimen fiscal que seguidamente estudiamos se refiere a los contratos de seguro de vida concertados para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987.

En lo que concierne a la entidad, el apartado 2 de la disposición transitoria decimosexta.2 de la Ley 30/1995, califica como gasto fiscalmente deducible a «...Las primas de los contratos de seguro de vida satisfechas por los empresarios... en el ejercicio económico en que se haga efectivo su pago, siempre y cuando se cumplan los requisitos recogidos en el artículo 71 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre...». De esta norma se deducen los siguientes criterios:

- Que la prima deducible es la satisfecha. Esto es lógico porque sólo a partir de ese momento el riesgo se transfiere a la compañía de seguros.
- Que, además, deben cumplirse los siguientes requisitos:
 - Imputación fiscal a los sujetos pasivos a los que se vinculen las prestaciones (art. 71.1.º Real Decreto 1307/1988). Puede observarse que este requisito es coincidente con el previsto en el artículo 13.3 a) de la Ley 43/1995.
 - Transmisión de la titularidad de los recursos en que consiste la contribución mediante prima (art. 71.2.º Real Decreto 1307/1988). Igualmente puede observarse que este requisito es coincidente con el previsto en el artículo 13.3.b) de la Ley 43/1995.
 - Que la contribución sea obligatoria para el pagador (art. 71.1.º Real Decreto 1307/1988). En realidad este requisito es superfluo porque las primas pagadas responden a la cobertura de compromisos jurídicamente vinculantes para la entidad, ya que es precisamente a este tipo de compromisos a los que se refiere la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995.

Teniendo en cuenta que estos contratos se realizan para dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, de 8 de junio, y en el marco del régimen transitorio establecido en la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995, los requisitos señalados en segundo y tercer lugar se cumplirán en cuanto derivación de la propia esencia del contrato. No así el primero que depende de la voluntad del empresario. Por tanto, en principio, si el empresario no realiza la imputación fiscal la prima pagada no será gasto fiscalmente deducible, quedando demorada la deducción al período impositivo en el que se abonen las prestaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.5 de la Ley

43/1995. Ahora bien, como ya hemos expuesto anteriormente, en el régimen ordinario la imputación fiscal es obligatoria cuando a través de la concesión del derecho de rescate, o mediante cualquier otra fórmula, las personas a quienes se vinculan las prestaciones puedan hacerlas efectivas [art. 16.1.e) Ley 40/1998]. ¿Es válida esta regla en el régimen transitorio? Desde luego, en caso de respuesta positiva, la Ley 40/1998 habría venido, de manera inesperada, a restringir las posibilidades de definición, por parte del empresario, de las consecuencias fiscales de la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de contratos de seguro. Téngase en cuenta que la ausencia de imputación fiscal determina la tributación de las personas a quienes se vinculan las prestaciones cuando las mismas se paguen, en tanto que la imputación fiscal sitúa dicha tributación en el período impositivo de la importación en la forma que más adelante veremos. Nótese, por otra parte, que los compromisos cubiertos se corresponden con servicios prestados en períodos impositivos en los que la imputación fiscal descansaba plenamente en la voluntad del empresario. Y, finalmente, que la remisión de la disposición transitoria decimosexta.2 de la Ley 30/1995 lo es al artículo 71 del Real Decreto 1307/1988, en cuyo marco era indiscutido que la imputación fiscal dependía incondicionalmente de la voluntad del empresario. Por tanto, no parece desacertado sostener que el supuesto de imputación fiscal obligatoria del artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998, no afecta al régimen transitorio. Ayuda a sostener esta interpretación que la Ley 40/1998 no haya introducido modificaciones en el apartado 2 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 30/1995, siendo así que sí ha retocado y modificado ciertos aspectos de la misma disposición transitoria. No debe desconocerse, sin embargo, que se trata de una cuestión vidriosa, ya que, desde el punto de vista sustancial, las razones en las que se fundamenta la imputación obligatoria prevista en el artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998, son tan válidas en el régimen ordinario como en el transitorio.

- Las primas pagadas con cargo a fondos internos cuyas dotaciones fueron fiscalmente deducibles, no serán fiscalmente deducibles. Caben aquí idénticas consideraciones a las anteriormente efectuadas en relación con los planes de pensiones.
- La imputación fiscal, si se realiza, deberá efectuarse por las cuantías que hayan sido deducidas a efectos del Impuesto de Sociedades de la entidad que paga las primas y en el mismo período impositivo, de manera tal que el importe del gasto será igual al del rendimiento, y ambos tendrán efecto en el mismo período impositivo.

En lo que concierne a la fiscalidad de las personas a quienes se vinculan las prestaciones, el último párrafo de la disposición transitoria decimosexta.2 establece que «...Las prestaciones derivadas de los contratos de seguros de vida... tributarán por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o, en su caso, por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente...». El texto no es afortunado, porque parece dar a entender que la tributación en sede de las personas a las que se vinculan las prestaciones únicamente se producirá cuando se paguen las prestaciones, lo que no parece correcto, porque, además de apartarse dicha tributación inopinada e injustificadamente de la del régimen ordinario, quedaría sin sentido ni efectividad el párrafo precedente que ordena que la imputación fiscal se efectúe «...por las cuantías que hayan sido deducidas y en el mismo período impositivo».

A nuestro entender, el último párrafo de la disposición transitoria decimosexta.2 supone una remisión en bloque a las normas que, en el régimen ordinario, regulan la tributación de las personas a quienes se vinculan las prestaciones. Pues bien, en este sentido, debemos distinguir según que la imputación fiscal se haya o no realizado y según el tipo de contingencia que motiva el pago de la prestación.

Si la imputación fiscal se ha realizado, su importe es un rendimiento del trabajo personal en especie, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998. Cuando la prestación se pague a causa de las contingencias de jubilación e invalidez, el exceso de la misma sobre las imputaciones fiscales previas tributará en concepto de rendimiento íntegro del trabajo personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.2.a).5.ª de la Ley 40/1998. Si la contingencia es el fallecimiento, la tributación es por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.º 1.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

Si la imputación fiscal no se ha realizado, la tributación en sede de las personas físicas a quienes se vinculan las prestaciones únicamente se producirá en el período impositivo en el que se pagan las mismas. Cuando la contingencia sea la jubilación o la invalidez, el importe de la prestación tributará en concepto de rendimiento íntegro del trabajo personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.2.a).5.ª de la Ley 40/1998, y cuando la contingencia sea la de fallecimiento, la prestación tributará por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a tenor de lo previsto en el artículo 3.1.c) de la Ley 29/1987.

A modo de síntesis y resumen, podemos afirmar que el régimen transitorio de la instrumentación de compromisos por pensiones a través de contratos de seguro, es fiel reflejo del régimen ordinario.

3.2.2.3. Régimen de los seguros de vida concluidos con mutualidades de previsión social.

La disposición adicional undécima. segunda de la Ley 40/1998 incorpora un nuevo párrafo al apartado 1 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 30/1998, que tiene por objeto aplicar el régimen fiscal previsto para las instrumentaciones a través de planes de pensiones también a las que se realicen mediante «...contribuciones efectuadas a mutualidades de previsión social formalizadas a través de contratos de seguro o reglamentos de prestaciones de las mutualidades que reúnan los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 40/1998...».

La remisión, de manera más precisa, es al punto 3.º del apartado 1 del artículo 46 de la Ley 40/1998. En este artículo se establecen los requisitos que deben reunir los contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social para dar cumplimiento a lo ordenado en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, para que proceda la reducción de la base imponible en relación con los rendimientos íntegros del trabajo personal generados por la imputación fiscal correlativa a las primas o contribuciones pagadas.

De esta forma, la tributación del régimen transitorio de la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de contratos de seguro o de reglamentos de prestaciones de las mutualidades de previsión social, queda homologada con la tributación del régimen ordinario, ya que, en efecto, la tributación de la cobertura de los compromisos por pensiones a través de las mutualidades de previsión social, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, es igual a la de la realizada a través de planes y fondos de pensiones.

3.2.2.4. Régimen de los seguros de vida relativos al personal jubilado.

A raíz de una modificación introducida en el apartado 5 de la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1995 por la disposición adicional undécima de la Ley 40/1998, tratándose de personal jubilado o beneficiarios cuyos compromisos sobre pensiones se cubran a través de un seguro de vida, no se aplicará el régimen fiscal que para este tipo de instrumentos se establece en el apartado 2 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 30/1995, sino que se aplicará el siguiente:

- Las primas no serán imputadas fiscalmente.
- Las primas serán deducibles con arreglo a los criterios y límites previstos en la disposición transitoria decimosexta.1 de la Ley 30/1995.

Este régimen fiscal se aplica cualquiera que sea la instrumentación elegida por la empresa para cubrir los compromisos sobre pensiones en relación con los trabajadores en activo, excepto la instrumentación prevista en el apartado 2 de la disposición transitoria decimocuarta, es decir, a través de fondos internos de las entidades de crédito, compañías de seguros y sociedades y agencias de valores.

3.2.2.5. Régimen de las entidades de crédito, entidades aseguradoras, y sociedades y agencias de valores.

El apartado 2 de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995, permite la cobertura de los compromisos sobre pensiones mediante fondos internos a las entidades de crédito, compañías de seguros y sociedades y agencias de valores.

El artículo 38 del Real Decreto 1588/1999, delimita los compromisos susceptibles de tal forma de cobertura que, en breves palabras, son los asumidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995. A estos efectos se entiende que son compromisos asumidos de la forma dicha aquellos en los que concurran las siguientes características:

- Derivan de convenio colectivo o disposición equivalente anterior a 10 de mayo de 1996, fecha en la que entró en vigor la Ley 30/1995.

- Corresponden a personal contratado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1588/1999.
- Están cubiertos mediante provisiones o anotaciones contables.

Los compromisos sobre pensiones en los que no concurren las características de referencia deberán cubrirse sea a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro de vida en los términos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 30/1995.

Lo peculiar, por tanto, de las entidades anteriormente mencionadas es que pueden mantener sus compromisos sobre pensiones a través de una cobertura mediante provisión. Pues bien, la tributación de esta forma de cobertura es la siguiente:

- La dotación no es gasto fiscalmente deducible, ya que el artículo 14.1.f) de la Ley 43/1995 así lo establece expresamente, al calificar como no deducibles a «Las dotaciones a provisiones o fondos internos para la cobertura de contingencias idénticas o análogas a las que son objeto de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones».
- La dotación tampoco genera un rendimiento del trabajo personal en favor de las personas respecto de las que existen los compromisos, porque por el hecho del apunte contable no perciben utilidad o rendimiento alguno.
- En el período impositivo en el que se abonen las prestaciones, las dotaciones serán fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.5 de la Ley 43/1995. También serán fiscalmente deducibles los excesos de las prestaciones pagadas sobre las citadas dotaciones, ya que representan la retribución diferida del factor trabajo.
- Las prestaciones tendrán la consideración de rendimiento íntegro del trabajo personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.1 de la Ley 40/1998.

Los compromisos por pensiones que no respondan a las características mencionadas deberán cubrirse a través de los instrumentos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987.

4. PROVISIONES PARA LA COBERTURA DE RIESGOS EN OPERACIONES SOBRE FUTUROS Y ASIMILADOS

El Plan General de Contabilidad no contiene una provisión específicamente destinada a la cobertura de los riesgos inherentes a las operaciones sobre futuros y asimilados. Seguramente por tratarse de operaciones cuya práctica es común, aunque no exclusiva, en las entidades de crédito, la Circular 4/1991, del Banco de España, regula con cierto detalle la contabilización de los hechos contables correspondientes a las citadas operaciones.

Distingue la norma quinta entre operaciones de futuros de carácter especulativo y de cobertura, y dentro de las primeras entre las realizadas en mercados organizados y aquellas otras que se realizan fuera de dichos mercados.

Tratándose de operaciones sobre futuros de cobertura «...los beneficios o quebrantos resultantes se llevarán a pérdidas y ganancias de manera simétrica a los ingresos o costes del elemento cubierto... los cobros o pagos correspondientes a las liquidaciones que se hayan efectuado se registrarán en una cuenta transitoria...» [norma quinta.1.2.b) Circular 4/1991].

En las operaciones sobre futuros de cobertura, los riesgos de cuya materialización pueden resultar beneficios o quebrantos, no se toman en consideración en cuanto tales sino que se vinculan, a efectos de su reconocimiento contable, con el reconocimiento contable de los ingresos y costes del elemento cubierto, y dado que dicho reconocimiento contable ha de regirse por el principio del devengo y el de correlación de ingresos y gastos, parece claro que el mismo rige igualmente el reconocimiento contable de los riesgos de los futuros. Por tanto, en el caso de futuros de cobertura se aplicará el artículo 19.1 y no el artículo 13, ambos de la Ley 43/1995.

Tratándose de operaciones especulativas que se negocian en mercados organizados «...las diferencias que resulten de las variaciones, en más o menos, en las cotizaciones del respectivo mercado se llevarán íntegramente a la cuenta de pérdidas y ganancias» [norma quinta.11.a) Circular 4/1991]. La imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias tanto de los beneficios como de los quebrantos podría, apresuradamente, considerarse como una norma de valoración contradictoria con el principio del precio de adquisición. No es así porque los contratos de futuros no determinan la existencia de elementos patrimoniales susceptibles de valoración como más adelante tendremos ocasión de exponer. Estamos, más bien, ante una norma que halla su fundamento en el principio del devengo. En efecto, las obligaciones de liquidación de los beneficios y quebrantos que derivan de los contratos concertados en mercados organizados, en los que, además, la entidad organizadora está obligada a ofrecer contrapartida, determina que aquellos beneficios y quebrantos se entiendan susceptibles de reconocimiento contable en base al citado principio. Por tanto, en el caso de contratos de futuro y asimilados negociados en mercados organizados también será aplicable el artículo 19.1 y no el artículo 13, ambos de la Ley 43/1995.

Tratándose de operaciones sobre futuros de carácter especulativo realizadas fuera de los mercados organizados «...los resultados...se contabilizarán en el momento de la liquidación de aquéllas, sin perjuicio de las provisiones que, en su caso, deban constituirse de acuerdo con la norma duodécima...» [norma quinta.11.b) Circular 4/1991]. Por su parte, la norma duodécima precisa que «Las entidades realizarán, al menos a fin de cada mes, cierres teóricos de sus posiciones que no sean de cobertura en operaciones de futuros sobre valores y tipos de interés contratados fuera de mercados organizados, y efectuarán, con cargo a pérdidas y ganancias, las provisiones necesarias cuando de tales cierres resultan pérdidas potenciales netas para cada clase de riesgo». Las pérdidas potenciales se calculan agrupando «...por un lado, las operaciones relacionadas con el riesgo de tipo de interés, y, por otro, las relacionadas con el riesgo de precio de las acciones... respecto de las primeras, deben determinarse las pérdidas potenciales netas de cada conjunto de operaciones denominadas en una misma moneda, y, con respecto a las segundas, deben calcularse las pérdidas potenciales netas por cada emisor».

¿Qué tipo de pérdida, por su naturaleza, está cubriendo esta provisión? ¿Se trata de una pérdida derivada del riesgo de crédito? ¿Se trata de una pérdida asociada a la depreciación de los activos subyacentes? ¿Se trata de una pérdida para cubrir la depreciación de un valor nacido del propio contrato de futuro? ¿Se trata de una pérdida eventual? La respuesta que proceda dar a las referidas preguntas es decisiva porque determinará la aplicación de uno u otro régimen fiscal.

En primer lugar, debemos descartar que estemos ante un riesgo de crédito, porque el mismo no deriva de las condiciones de solvencia de un deudor determinado, aunque es posible que si la otra parte contratante cae en situación de insolvencia no pueda cumplir las obligaciones que dimanen del contrato de futuro. Pero no puede confundirse este riesgo con el propio del contrato de futuro. La propia sistemática de la Circular 4/1991 descarta toda confusión del riesgo de crédito, materia de la norma undécima, con el riesgo de los contratos de futuro, materia de la norma duodécima. En consecuencia, no serán aplicables, a efectos fiscales, las normas de la Circular 4/1991 ya que las previsiones que a tal efecto establece el Capítulo II del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, y, en particular, el artículo 7.º se refieren exclusivamente al riesgo de crédito.

Como quiera que la pérdida procede de la variación de la cotización del activo subyacente, es decir, del activo respecto del que las partes tienen obligación de efectuar un contrato de compra-venta, sin perjuicio de la liquidación por diferencias, llegado el vencimiento del contrato, podría entenderse que el riesgo de los contratos de futuro es sustancialmente idéntico al derivado de la depreciación de los diferentes elementos patrimoniales. La parte que se obliga a vender a un determinado precio sufre un quebranto porque debe hacerlo a un precio inferior al valor de mercado del elemento patrimonial de manera tal que su posición es similar, potencialmente, a la de quien posee un elemento patrimonial cuyo valor en el mercado desciende, y la parte que se obliga a comprar sufre un quebranto porque debe hacerlo a un precio superior, de manera tal que también su posición es similar, potencialmente, a la de quien posee un elemento patrimonial sobrevalorado con relación al valor de mercado. Siendo cierto lo dicho anteriormente, también lo es que ninguna de las dos partes posee en su patrimonio el activo objeto del contrato, de manera tal que la provisión que ha de dotar a la parte perdedora para cubrir el riesgo no puede considerarse como una provisión por depreciación, es decir, como una corrección de valor, amparable en el artículo 39 del Código de Comercio con las correcciones previstas en el artículo 12 de la Ley 43/1995.

La propia Circular 4/1991, es ilustrativa, ya que distingue nítidamente entre la cobertura de riesgos (norma duodécima) y la depreciación de valores de renta fija (norma vigésima séptima) y de renta variable (norma vigésima octava).

Una tercera alternativa consistiría en entender que de la realización del contrato de futuro nace un valor, cuya depreciación hace necesaria y justifica la dotación a la provisión. Tampoco esta alternativa es satisfactoria, porque de los referidos contratos de futuros, y también de opciones, no nacen valores. Así se desprende del artículo 2.º de la Ley del Mercado de Valores, que distingue entre «valores negociables» e «instrumentos financieros», comprendiéndose entre estos últimos «...los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción... siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés o cualquier otro tipo subyacente de naturaleza finan-

ciera...», y la misma conclusión cabe inferir de la Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo, del Consejo que, dentro de la categoría más general de los «instrumentos financieros», comprende y distingue entre los «valores negociables», los «instrumentos monetarios» y las «opciones y futuros financieros».

En el mismo sentido apunta el artículo 59 de la Ley del Mercado de Valores, que tipifica a los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, donde «...podrán negociarse contratos de futuros y opciones, cualquiera que sea el activo subyacente...», de manera tal que los diferencia de los mercados de valores.

¿Qué naturaleza jurídica cabe, entonces, asignar a los contratos de futuro y opción? La doctrina mercantil, tal vez incipiente, se inclina por considerar que el contrato de futuro es una promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada subsumible en el artículo 1.451 del Código Civil, de manera tal que el contrato de futuro podría definirse como aquel contrato bilateral por el que las partes se obligan a estipular entre ellas, en un tiempo futuro, un contrato de compraventa de una cosa, que en la promesa ya está determinada o es determinable, por un precio cierto. Este contrato hace nacer obligaciones y derechos para ambas partes, pero los derechos no crean un elemento patrimonial susceptible de depreciación ni las obligaciones un derecho de crédito susceptible de aumento de valor. Lo característico del riesgo en las operaciones de futuros es que dicho riesgo no está referido a la variación de valor de un elemento patrimonial existente en el patrimonio de la empresa, sino a la variación de valor de elementos patrimoniales ajenos a dicho patrimonio. Por esta razón la cobertura del riesgo en los contratos de futuro no genera correcciones de valor en el sentido del artículo 39 del Código de Comercio ni, por lo tanto, será aplicable el artículo 12 de la Ley 43/1995, aunque los activos subyacentes de los contratos sean valores de renta variable o fija cuyo riesgo de depreciación está regulado en los apartados 3 y 4 del último.

Puesto que los contratos de futuros, y también los de opción, no generan un elemento patrimonial, la cobertura del riesgo de los mismos no puede calificarse como corrección de valor, y de aquí que no sean aplicables las normas mercantiles, esto es, el artículo 39 del Código de Comercio, ni las fiscales, esto es, el artículo 12 de la Ley 43/1995, a los efectos de determinar la incidencia de la referida cobertura en la formación de la base imponible.

El riesgo cubierto por la provisión para riesgos y gastos es un riesgo meramente previsible ya que depende de un hecho futuro, es decir no producido, y además incierto. Este hecho es la diferencia entre el valor de mercado del elemento patrimonial objeto de la promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada y el precio convenido de la compraventa en el momento en el que deba cumplirse la referida promesa.

Ahora bien, un riesgo fundamentado en un hecho futuro, que puede o no producirse, y del que se puedan derivar pérdidas o quebrantos, ha de ser cubierto a través de una dotación a las provisiones para riesgos y gastos. Pues bien, esta dotación no será fiscalmente deducible, por aplicación de lo previsto en el artículo 13.1 de la Ley 43/1995. Podría objetarse que el riesgo cubierto se deriva de un hecho producido, a saber, la diferencia entre el valor de mercado del elemento patrimonial obje-

to de la promesa y el precio pactado para el contrato de compraventa. Esta objeción no es correcta porque el quebranto es de producción incierta. La referida diferencia es la manifestación de la existencia de un riesgo previsible, de un posible quebranto, de que un hecho futuro puede producir una pérdida. Pero nada más. Si volvemos la vista a la distinción que hicimos al comienzo de nuestra exposición, veremos que, de los dos hechos que laten tras la provisión de riesgos y gastos, estamos ante hechos probables, es decir, todavía no producidos, potencialmente determinantes de pérdidas. Pues bien la cobertura de las pérdidas referidas no es fiscalmente deducible de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1 de la Ley 43/1995.

Podría argumentarse que esto mismo acontece en relación con la provisión por depreciación de valores mobiliarios, que nace a raíz de una diferencia entre el valor de adquisición y el valor de mercado de los mismos, y que está cubriendo una pérdida que depende de un hecho futuro y de producción incierta, a saber, que en el momento de la transmisión de los referidos valores mobiliarios el valor de mercado sea inferior al de adquisición, pero esta argumentación únicamente serviría para desvelar, si las hay, deficiencias de lógica financiera en el tratamiento fiscal de los diversos riesgos en la Ley 43/1995, pero no para, entendemos, invalidar la interpretación propuesta.

En el fondo lo que sucede es que la Ley 43/1995 parte de una dicotomía contable del riesgo, distinguiendo entre riesgo que puede determinar correcciones de valor en los elementos patrimoniales y riesgo que no puede determinar dichas correcciones. Esta dicotomía, que está jurídicamente expresada en el artículo 188.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a cuyo tenor «Las provisiones para riesgos y gastos no podrán utilizarse para corregir el valor de los elementos del activo», ha motivado una regulación permisiva respecto del primer tipo de riesgo, en el que prevalece la norma contable con las matizaciones y correcciones fiscales del artículo 12 de la Ley 43/1995, y una regulación no permisiva, basada, de manera inversa, en la proscripción fiscal de la mayoría de las dotaciones a la provisión para riesgos y gastos, en particular las basadas en hechos no producidos, admitiéndose, única y básicamente, las expresamente mencionadas en el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 43/1995.

Un planteamiento de este tipo adolece de una cierta arbitrariedad, ya que el quebranto o pérdida no es más cierto cuando se trata de correcciones valorativas que en el otro caso. Pero si continuamos profundizando, a la conclusión a que, tal vez, debamos llegar es que el vicio básico consiste en dar el mismo valor a los gastos efectivos que a los gastos por dotaciones para la cobertura de riesgos, cualquiera que sea la clase de los mismos. Es evidente, sin embargo, que una ley apegada a las normas contables difícilmente podía dar paso a una distinción tan radical como exacta, lo que, por otra parte, hubiera supuesto una ruptura sonora con una larga tradición legislativa que, aunque consciente del diferente valor del gasto real y efectivo frente al gasto potencial o estimado, ha tratado de positivizarla a través de un tratamiento riguroso de los riesgos a cubrir a través de las provisiones para riesgos y gastos, sin tal vez percibir que, al hacer eso, se estaba apoyando en una distinción con un fundamento sustancial discutible en ciertos casos.