

RAMÓN FALCÓN Y TELLA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Complutense de Madrid.*

Sumario:

- I. Hecho imponible y devengo: el problema de la modificación de los tipos.
- II. Ámbito material y base imponible: operaciones no sujetas y exentas.
- III. Ámbito espacial del tributo: lugar de realización del hecho imponible.
- IV. Contribuyentes, sustitutos, responsables y representantes.
- V. Repercusión obligatoria del impuesto.

I. HECHO IMPONIBLE Y DEVENGO: EL PROBLEMA DE LA MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS

El artículo 12 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales (en adelante LMF) crea un nuevo impuesto que se define como un gravamen sobre las operaciones de seguro, si bien en realidad no se grava la celebración del contrato sino el pago (o si se prefiere el cobro, dado que es sujeto pasivo la entidad aseguradora) de las primas, según resulta claramente del apartado siete de dicho precepto.

Por ello, si se fracciona el pago de las primas, el impuesto se devenga en el momento en que se realice cada pago y -aunque no se diga expresamente- por la cuantía de la correspondiente fracción. Si el tomador del seguro incurre en mora, ello supone retrasar el devengo del impuesto. Y si la prima no se paga y la compañía de seguros opta por rescindir el contrato, no se devenga impuesto alguno.

Se trata, por tanto, de un impuesto especial, de devengo instantáneo (aunque de liquidación periódica ya que las compañías deben declarar e ingresar mensualmente), sobre los cobros de cada prima o fracción.

Esta configuración del tributo evita problemas de liquidez a las compañías de seguros, que en otro caso (si se hubiera atendido, por ejemplo, a la celebración del contrato, a la emisión de los recibos o al vencimiento de la prima) podrían verse obligadas a adelantar el impuesto sin haber podido repercutir el mismo e incluso sin haber podido siquiera cobrar la prima. Pero puede plantear problemas prácticos cuando entre la emisión de los recibos y el cobro se produzca una modificación de los tipos de gravamen. Por ello hubiera sido más acertado, a mi juicio, que el apartado once remi-

quiera al tipo aplicable al vigente en el momento de emitir los recibos, sin perjuicio de mantener el devengo en el momento del cobro. La habilitación a la Ley de Presupuestos para modificar los tipos de gravamen permite, en mi opinión, que con ocasión de cualquier eventual modificación se establezca que la misma no surtirá efectos respecto a los recibos emitidos con anterioridad a la misma. De otro modo, se obligará a las compañías a girar un recibo adicional.

Respecto a la entrada en vigor del gravamen se ha optado, sin embargo, por una solución distinta. Se exige el impuesto por todos los cobros producidos a partir del 1 de enero de 1997, aunque los recibos hayan sido emitidos con anterioridad, con las dos únicas excepciones siguientes (que el tenor literal de la ley presenta en un caso como no sujeción y en el otro como exención):

- Que la prima haya vencido con anterioridad al 1 de enero y el riesgo haya concluido a la mencionada fecha.
- Que el vencimiento de la prima se produzca en el año 1996, aunque el pago se realice con posterioridad, salvo que se hubiera producido un adelanto del vencimiento sin causa.

II. ÁMBITO MATERIAL Y BASE IMPONIBLE: OPERACIONES NO SUJETAS Y EXENTAS

El ámbito material de las operaciones gravadas ha de reconstruirse atendiendo a los apartados dos, cinco y ocho del artículo 12 LMF. De ellos resulta que únicamente se gravan los «cobros» de primas que correspondan a «operaciones de seguro y capitalización -aunque estas últimas posteriormente se declaren exentas- basadas en técnica actuarial a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados», lo que en una interpretación literal permitiría excluir de gravamen la parte de prima que corresponda a las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro y a las actividades de prevención de daños, que el mencionado precepto contempla en sus apartados 3 y 4, separadamente de las operaciones de seguro y capitalización. Igualmente, de seguirse esta interpretación, quedaría excluida la parte de prima que corresponda a operaciones de intermediación (parte de la prima que corresponda a comisiones de agentes, subagentes y corredores), que no se regulan en la Ley 30/1995 sino en la Ley 9/1992, de 30 de abril.

Téngase en cuenta a estos efectos que cuando la ley fiscal ha querido referirse conjuntamente a las operaciones de seguro que contempla la Ley 30/1995 y a las actividades de mediación reguladas en la Ley 9/1992 lo ha hecho expresamente (por ej. art. 20, uno, 16 LIVA), por lo que la remi-

sión exclusivamente a la primera de estas leyes en el apartado dos del artículo 12 LMF parece avallar la interpretación restrictiva que proponemos. Y aunque el apartado ocho considera como base «el importe total de las cantidades satisfechas... cualquiera que sea la causa u origen que las motiva», expresamente se limita la base a las cantidades satisfechas como contraprestación «por las operaciones sujetas», es decir, por las contempladas en el apartado dos.

Expresamente se declaran no sujetas o exentas, además de las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial, las primas correspondientes a las siguientes operaciones:

- Conciertos con organismos de la Administración de la Seguridad Social o con entidades de Derecho público que tengan encomendada la gestión de alguno de los regímenes especiales de ésta.
- Seguros sociales obligatorios y seguros colectivos que instrumenten sistemas alternativos a los planes y fondos de pensiones.
- Seguros sobre la vida, tal como se definen en la Sección segunda del Título III de la Ley 50/1980, de contrato de seguro.
- Reaseguros, tal como se definen en el artículo 77 de la Ley 50/1980.
- Seguro de caución, tal como se define -aunque no se diga expresamente- en la Ley 30/1995, es decir, aquel en el que el riesgo cubierto es el mero incumplimiento de la obligación.
- Seguro de crédito a la exportación (pero no, según parece, otras modalidades de seguro de crédito, es decir, de seguro que cubre frente a la insolvencia del deudor).
- Seguros agrarios combinados.
- Seguros relacionados con el transporte internacional de mercancías o viajeros, tal como se define en la Ley del IVA (aunque sin incluir los transportes con Baleares o Canarias).
- Seguros relacionados con buques o aeronaves destinados al transporte internacional, salvo la navegación o aviación privada de recreo tal como se define a efectos de impuestos especiales, y
- Recargos en favor del Consorcio de Compensación de Seguros y de la Comisión Liquidadora de entidades aseguradoras.

III. ÁMBITO ESPACIAL DEL TRIBUTO: LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE

Aunque lo que se gravan son los cobros, éstos no se localizan donde materialmente se producen sino en el lugar del riesgo o del compromiso, gravándose todos aquellos cobros derivados de un seguro en el que el riesgo o el compromiso deba entenderse situado en territorio español (apartado seis), incluidas las islas adyacentes, el mar territorial hasta el límite de las doce millas y el espacio aéreo correspondiente (apartado cuatro).

Para determinar el lugar del riesgo y del compromiso, hay que acudir al artículo 1.3 de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados, por remisión expresa de la norma fiscal. Según este precepto el riesgo aparece situado en el lugar de situación del inmueble (si la póliza se refiere a un inmueble o al inmueble y su contenido), en el lugar de matriculación (vehículos de cualquier clase), en el lugar de firma del contrato (si la duración del seguro no sobrepasa los cuatro meses y se refiere a riesgos durante un viaje o fuera del domicilio) o en el lugar de residencia habitual de las personas físicas o donde las personas jurídicas tengan su sede social (o sucursal a que se refiere el seguro) en los demás casos.

El lugar del compromiso coincide con este último criterio: residencia habitual del tomador, si es una persona física, y domicilio social o sede de la sucursal a que se refiera el seguro, si se trata de una persona jurídica.

Dado que estos criterios agotan la totalidad de supuestos que pueden plantearse, no se entienden bien el número 2 del apartado seis, según el cual, «en defecto de normas específicas» contenidas en la Ley 30/1995, se atiende a la sede, establecimiento permanente, o en su defecto domicilio, del contratante, siempre que éste sea un empresario o profesional a efectos del IVA y concierte el seguro en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales. Probablemente de lo que se trata es de someter a gravamen estos últimos seguros aunque ni el riesgo ni el compromiso puedan entenderse situados en España.

De ser así, parece claro que hubiera sido más correcto acudir a los criterios habituales de sujeción al impuesto, reconduciendo al gravamen todas las operaciones en las que el tomador sea un residente o, sin ser residente, pretenda cubrir un riesgo localizado en España. Ello permitiría acudir a las normas fiscales sobre residencia, contenidas tanto en la LIRPF como en la LIS, cosa que no siempre será posible con la redacción empleada.

Respecto a los regímenes de concierto y convenio, que se dejan a salvo en el párrafo segundo del apartado cuatro, estaríamos en principio ante un posible tributo concertado de normativa común, por tratarse de un impuesto indirecto. Lógicamente habrán de regularse los correspondien-

tes puntos de conexión en una modificación del concierto y del convenio tramitada a través del procedimiento específico previsto para ello, sin que a estos efectos sea suficiente la salvedad contenida en el artículo 12 LMF.

IV. CONTRIBUYENTES, SUSTITUTOS, RESPONSABLES Y REPRESENTANTES

Se considera sujeto pasivo en todo caso a la entidad aseguradora, aunque opere en España en régimen de libre prestación de servicios (es decir, sin haberse establecido) al amparo de las correspondientes Directivas comunitarias. En estos últimos casos se obliga a la compañía aseguradora a designar un representante establecido en España (lo que ya exige con carácter general el art. 46.1 LGT), el cual se configura como sustituto del contribuyente. Y también para estos casos, en que las dificultades prácticas para exigir el impuesto pueden ser mayores, se establece la responsabilidad solidaria del contratante del seguro, siempre que sea un empresario o profesional (y, aunque no se diga expresamente, concierte las operaciones en el ejercicio de su actividad) establecido en España.

V. REPERCUSIÓN OBLIGATORIA DEL IMPUESTO

El apartado diez establece la obligación de repercutir íntegramente el impuesto sobre el contratante, remitiendo a la normativa del IVA. Ello supone:

- La ineficacia de las estipulaciones en contrario de las partes (art. 88.uno LIVA).
- La aplicación de los plazos de caducidad previstos en la LIVA: un año para repercutir desde la fecha de cobro de la prima, en aplicación del artículo 88.cinco LIVA; y cinco años para rectificar las cuotas repercutidas en los casos de error, modificación de la cuantía o ineficacia del contrato, en aplicación del artículo 89 LIVA, y
- La imposibilidad de rectificar la cuota repercutida en caso de que sea la Inspección quien ponga de manifiesto cuotas devengadas y no repercutidas mayores que las declaradas y la conducta de la compañía aseguradora sea constitutiva de infracción grave (art. 89.tres.2.º LIVA).

Igualmente la remisión a la normativa del IVA permite considerar la repercusión como actuación tributaria reclamable en vía económico-administrativa (y por tanto, revisable en vía contenciosa) de acuerdo con los artículos 15.2.b) Real Decreto Legislativo 2795/1980 y 117 RPEA. Según el

apartado dos de este último precepto es competente el Tribunal del domicilio de la persona frente a la que se dirige la reclamación, que en esta vía puede versar sobre la procedencia o cuantía de la repercusión (pero no sobre la cuantía de la prima, ni directa ni indirectamente), según el artículo 88.seis LIVA. Todo ello sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción civil, en cuanto que en definitiva se trata de un litigio entre particulares.

En cambio es discutible que pueda aplicarse, al menos íntegramente, la norma especial contenida en el artículo 89, tres, 1.º LIVA según la cual la repercusión no procede cuando la rectificación implica aumento de las cuotas y el destinatario es un particular, salvo en los casos de aumento del tipo, en que la repercusión adicional que proceda puede efectuarse durante el mes en que tenga lugar la entrada en vigor de los nuevos tipos y el siguiente. Obsérvese que la restricción a la rectificación de las cuotas obedece en estos casos a que el particular no podrá deducirse el IVA soportado, ya que no se trata de un empresario o profesional, lo que no puede trasladarse mecánicamente al Impuesto sobre primas de seguros, que nunca será deducible en su integridad (a diferencia de la deducción cuota a cuota en el IVA), sino sólo como gasto necesario, en su caso (la deducción de un porcentaje de la prima de los seguros de vida en el IRPF nada tiene que ver, obviamente, con el impuesto). Ello permite plantearse si cabe siempre la rectificación durante cinco años -como entiendo preferible, dado el tenor del apartado diez del art. 12 LMF-, o no cabe nunca, salvo en el caso de elevación legal del tipo de gravamen.

Finalmente no parece que sea aplicable la presunción según la cual la cuota no se ha repercutido cuando no se menciona expresamente en el recibo, ya que dicha presunción aparece entre las normas reguladoras de la base imponible (art. 78.cuatro LIVA) y no en el Capítulo V del Título VI LIVA, al que en principio ha de ceñirse la remisión contenida en la LMF. Téngase en cuenta, en este sentido, que dicha presunción se explica por las dudas que en otro caso podría plantear en el IVA la determinación de la contraprestación pactada, problema que normalmente no existirá, al menos con la misma intensidad, en relación con las primas.