

TRIBUTACION

RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES
EMPRESARIALES Y PROFESIONALES

N.º 228

Trabajo efectuado por:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

- I. Definición de actividad empresarial y profesional.
 - A. Efectos de la calificación de una renta como empresarial o profesional en el IRPF.
 - B. Definición de actividad empresarial.
 - a) La definición del artículo 40 de la Ley 18/1991.
 - b) La definición del artículo 40 de la Ley 18/1991, en el ordenamiento jurídico.
 - C. Arrendamiento y compraventa de bienes inmuebles.
 - a) La cuestión en el ámbito del IVA y del Impuesto sobre Actividades Económicas.
 - b) La cuestión en el ámbito del IRPF.
 - D. Distinción entre actividad empresarial, profesional y artística. ...

...

II. Afectación de elementos patrimoniales a la realización de actividades empresariales o profesionales.

A. Afectación de elementos patrimoniales: Criterios.

B. Variación en la afectación de elementos patrimoniales.

- a) Transferencia desde el patrimonio empresarial o profesional al patrimonio privado.
- b) Transferencia desde el patrimonio privado al patrimonio empresarial o profesional.

III. Determinación del rendimiento neto.

A. Aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

B. Excepciones a las normas del Impuesto sobre Sociedades.

- a) Autoconsumo.
- b) Cesiones gratuitas a terceros de bienes y servicios.
- c) Contraprestaciones notoriamente inferiores al valor normal en el mercado.

C. Ingresos computables.

- a) Concepto de ingreso.
- b) Las categorías de ingresos establecidas en el PGC y los ingresos fiscales.
- c) Ingresos regulados expresamente en el RIS.

D. Gastos fiscalmente deducibles.

- a) Los gastos y el deterioro sufrido por los bienes de que procedan los ingresos.
- b) El concepto de gasto.
- c) Las categorías de gastos establecidas en el PGC y los gastos fiscales.
- d) Gastos reconocidos en el PGC que no lo son fiscalmente.
- e) Gastos fiscales que no están reconocidos en el PGC.
- f) Gastos regulados específicamente por el RIS.
- g) Gastos que no tienen la consideración de deducibles según el artículo 42 de la Ley 18/1991.
- h) Gastos mencionados como específicamente deducibles por el artículo 44 de la Ley 18/1991.

TRIBUTACION

RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES
EMPRESARIALES Y PROFESIONALES

N.º 228

I. DEFINICION DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y PROFESIONAL

A. Efectos de la calificación de una renta como empresarial o profesional en el IRPF.

Lo primero que debemos saber, antes de preocuparnos por delimitar aquella parte de la renta que deriva de actividades empresariales o profesionales, es cuáles son los efectos prácticos determinados por causa de la naturaleza de la renta. Pues bien, éstos son:

– Los incrementos de patrimonio obtenidos como consecuencia de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a la actividad empresarial o profesional quedan excluidos del régimen de privilegio derivado de la aplicación de los coeficientes de abatimiento (art. 41, dos, en relación con el art. 45 de la Ley 18/1991).

– La aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades para la determinación del rendimiento, en el régimen de estimación directa (art. 42 de la Ley 18/1991).

– La aplicación de un régimen de estimación objetiva para determinar los rendimientos de las pequeñas y medianas empresas y de los profesionales (art. 69 de la Ley 18/1991).

– La exclusión del tratamiento de renta irregular respecto de los rendimientos empresariales o profesionales negativos [art. 59, dos, b) de la Ley 18/1991].

– La definición de sociedades de mera tenencia de bienes (art. 52 Ley 18/1991).

– La exclusión de determinados valores a efectos de la definición de la sociedad de valores (art. 52 Ley 18/1991).

B. Definición de actividad empresarial.

a) La definición del artículo 40 de la Ley 18/1991.

El artículo 40 de la Ley 18/1991 delimita los rendimientos empresariales o profesionales en base al concepto de actividad empresarial o profesional. Rendimiento empresarial o profesional es el que procede de una actividad empresarial. A su vez, la actividad empresarial o profesional se define en función de sus características objetivas, a saber:

- Ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos, o de uno de ambos.
- Finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

Lo que destaca en la definición fiscal es la asunción de un riesgo, pues la organización de factores de la producción para obtener bienes y servicios que se ofrecen al mercado implica la posibilidad de ganar o perder los capitales que financian la actividad, ya sean propios o tomados a préstamo.

A nuestro entender, el elemento clave de la actividad empresarial y profesional es la concurrencia de riesgo.

Tal vez algunos noten a faltar el ánimo de lucro pero, en realidad, está implícito en la definición, pues no se concibe una actuación racional en el mercado que no persiga el lucro, y la finalidad de producir y distribuir no es posible entenderla sin la referencia a un mercado. Ocurre, sin embargo, que el lucro reviste diversos aspectos, y, tal vez por ello, el legislador opta, prudentemente, por eludir los conflictos que podrían derivarse de su inclusión en un texto legal.

Menos importancia tiene la enumeración, que no llega a tener la categoría de verdadera clasificación, que efectúa el segundo párrafo del número uno del artículo 40. Se trata de una descripción meramente didáctica, coincidente con la que, también con esa significación, establece la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

b) La definición del artículo 40 de la Ley 18/1991, en el ordenamiento jurídico.

a') En el Derecho Mercantil.

Examinada la definición fiscal podríamos preguntarnos si armoniza bien con otras definiciones establecidas normativamente.

Parece natural comenzar en el ámbito del Derecho Mercantil, porque el empresario mercantil es quien realiza los actos de comercio sometidos a dicha disciplina. Sin embargo, por extraño que pudiera parecer, no hay una definición jurídico-mercantil de empresa, concluyendo la moderna doctrina que el concepto jurídico de empresa es el propio concepto económico.

Dice Broseta Pont, que, desde un punto de vista económico, la empresa es «una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado», tratando así de resumir en una fórmula el criterio de los economistas. Es de advertir, sin embargo, que el ánimo de obtener una ganancia está presente en elaboraciones que pueden considerarse clásicas (Marshall) y que el elemento riesgo ya se halla en los escritos de A. Smith y J. S. Mill, llegando a su máxima expresión en F. Knight. Pero, si bien se mira, la definición de empresa como «combinación de factores de la producción dirigidos a la realización de las actividades productivas» (F. Piola), supone, necesariamente, la asunción de riesgos y la esperanza de ganancias.

b') En el Derecho del Trabajo.

El artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores define el centro de trabajo como «unidad productiva con organización específica», y la doctrina laboral entiende que no hay, en realidad, distinción sustancial sino de grado entre empresa y centro de trabajo.

Poniendo el acento en las relaciones laborales, Montoya Melgar define la empresa como «el conjunto organizado de trabajadores, dirigido por un empresario, por cuya cuenta prestan coordinadamente sus servicios».

c') En la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

El artículo 4.º de la Ley 30/1985 define las actividades empresariales como «las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de la producción materiales y humanos o de uno de ellos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios».

Se advierte que es una definición igual a la contenida en el artículo 40, uno, de la Ley 18/1991, si bien este último agrega que los rendimientos de la actividad empresarial proceden «del trabajo personal y del capital conjuntamente».

Sin embargo, el perímetro del conjunto empresa no es idéntico en el IVA y en el IRPF, porque en el primer tributo se consideran empresarios a quienes «explotan un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo», y esta explotación puede no requerir una organización u ordenación de factores de la producción.

d') En el Impuesto de Actividades Económicas.

El Impuesto sobre Actividades Económicas recae sobre las actividades empresariales, profesionales y artísticas. Por consiguiente ha de preocuparse de delimitar el contorno de las mismas, a cuyo efecto el artículo 80.1 de la Ley de Haciendas Locales establece que «se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

La definición transcrita guarda paralelismo con la del IVA y la del artículo 40 de la Ley 18/1991, sin embargo, no existe una total identificación entre las actividades abarcadas por los citados tributos, ya que la Ley 6/1991 ha excluido del ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas a las actividades agrícolas, las ganaderas independientes y las pesqueras.

e') En el Impuesto sobre Sociedades.

En este tributo no se define la actividad empresarial, sino los rendimientos procedentes de explotaciones económicas. El artículo 5.2, de la Ley 61/1978 da una definición de todo punto coincidente con la establecida por el artículo 40, uno, de la Ley 18/1991.

Se puede decir, a la vista de lo expuesto, que en el ámbito fiscal la definición de empresa, actividad empresarial o explotación económica procede de la Ley 61/1978, si bien el perímetro de actividades abarcadas no sea siempre coincidente entre los distintos tributos.

Los elementos esenciales de todas las definiciones fiscales son dos:

- Ordenación por cuenta propia de los factores de la producción.
- Producción para el mercado.

En suma, organización productiva para el mercado, que asume un riesgo con la esperanza de obtener un lucro máximo.

Por respeto a la tradición legislativa patria, y, en particular, al Texto Refundido de 1922 de la Contribución de Utilidades, se conserva la mención a la fuente de que proceden los rendimientos derivados del ejercicio de actividades empresariales o profesionales: «El trabajo del hombre, juntamente con el capital» (art. 1.º Texto Refundido de 1922).

Pero, adviértase, que el Texto Refundido de 1922, tan alabado generalmente por la doctrina, que cualquier reproche al mismo ha de reputarse sacrilegio, no define, realmente, ni la empresa ni la actividad empresarial, sino que se limita a establecer un gravamen sobre las utilidades mixtas. Ahora bien, debemos distinguir, conceptualmente al menos, entre la composición de una renta, el agente económico que la obtiene, y la actividad que realiza este último. Sólo así cerraremos el círculo de una definición precisa, por ello, a riesgo de incurrir en la heterodoxia, nos atreveremos a considerar superior la definición que la Ley 18/1991 ha dado del rendimiento empresarial, ciertamente que siguiendo a la Ley 61/1978, respecto de la que, en su día, dio el Texto Refundido de 1922.

C. Arrendamiento y compraventa de bienes inmuebles.

Es muy difícil encajar la realidad en el molde de una definición legal, por muy perfecta que ésta sea. Desde la simple tenencia de un bien a su explotación empresarial muchas veces no hay más que un leve tránsito. En particular, el problema de distinguir entre la mera tenencia y la actividad empresarial se ha presentado en el caso de los bienes inmuebles arrendados y en el de compraventas aisladas de los mismos bienes.

a) La cuestión en el ámbito del IVA y del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Como seguidamente veremos, el legislador fiscal ha dado una regla elemental para resolver la cuestión, que, sin embargo, no será siempre de fácil aplicación. Conviene, sin embargo, examinar cómo se han enfrentado a este problema el IVA y el Impuesto sobre Actividades Económicas, con carácter previo.

En el IVA el arrendamiento de cualquier bien está sujeto, pero aquellos que tengan por objeto terrenos o viviendas están exentos (art. 8.º 23 Ley 30/1985), y las operaciones de promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones para su venta están sujetas aunque se realicen con carácter ocasional, así como la adjudicación o cesión por cualquier título, aunque se realice también con carácter ocasional (art. 4.º 4 Ley 30/1985), pero las segundas y ulteriores entregas de toda clase de edificaciones están exentas (art. 8.º 22 Ley 30/1985).

Así pues, el IVA ha resuelto la cuestión en base a las características objetivas del bien que se posee o explota.

En el Impuesto sobre Actividades Económicas, el alquiler de bienes inmuebles, tanto rústicos como urbanos, está incluido en las tarifas, considerándose, por tanto, que se ejercita una actividad empresarial (Grupos 861 y 862). Sin embargo, se tributa por cuota cero cuando la cuota resultante sea inferior a 100.000 pesetas, y, habida cuenta que la cuota es el 0,1 por ciento del valor catastral, solamente cuando éste supere 10.000.000 de pesetas hay tributación efectiva.

Así pues, el Impuesto sobre Actividades Económicas resuelve la cuestión en función del valor de los bienes objeto de la explotación o tenencia, y en cuanto a las operaciones de compraventa, la realización de un solo contrato u operación aislada, así como la venta de bienes de uso particular y privado del vendedor siempre que los hubiere tenido durante dos años, quedan excluidas del hecho imponible (art. 82 Ley Haciendas Locales).

b) La cuestión en el ámbito del IRPF.

El artículo 40, dos, de la Ley 18/1991 define la existencia de actividad empresarial en función de dos notas objetivas concurrentes caracterizadoras de la actividad:

- Local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad empresarial.
- Persona empleada con contrato laboral.

El local podrá ser utilizado en concepto de propietario, arrendatario o por cualquier otro título jurídico, pero parece imprescindible que esté destinado con carácter exclusivo a la realización de la actividad. Indiferencia del título jurídico y exclusividad de utilización son las notas características. Pero ¿qué debemos entender por local?

En la Regla 6.^a de las de aplicación del Impuesto sobre Actividades Económicas (R.D.Leg. 1175/1990), se define a los locales como «las edificaciones, construcciones o instalaciones, así como las superficies, cubiertas o sin cubrir, abiertas o no al público, que se utilizan para cualesquiera actividades empresariales o profesionales». Bien se comprende que esta definición no es útil a nuestros fines, porque caracteriza el local como el lugar donde se desarrolla la actividad empresarial, en tanto que el artículo 40 realiza el recorrido inverso: La existencia de local determinará la calificación de una actividad como empresarial. Sin embargo, el precepto citado tiene un cierto valor, no desdeñable: La amplitud con la que se concibe el término local, pues incluso las superficies sin cubrir pueden serlo. Esta amplitud entendemos que también es predicable del local al que se refiere el artículo 40, dos. En este sentido debemos rechazar que por local deba entenderse la unidad registral.

En la misma línea de amplitud, respecto del término local, el número dos de la Regla 16 establece que «cuando un bien se destina conjuntamente a vivienda y al ejercicio de una actividad gravada, sólo tendrá la consideración de local a efectos del impuesto, la parte del bien en la que, efectivamente, se ejerza la actividad de que se trate». Cabe, pues, considerar como local una parte del inmueble destinado a vivienda. Pues bien, entendemos que esta regla también puede aceptarse para interpretar el artículo 40, dos.

Más fácil resulta de concretar el segundo requisito, aun cuando tampoco está exento de problemas. En primer lugar no está claro si la persona empleada debe dedicarse con exclusividad a la actividad de arrendamiento o de compraventa de inmuebles. A nuestro entender la respuesta debe ser afirmativa, porque el legislador ha tratado de definir un umbral mínimo de organización a través de unas características objetivas y se comprende que ese umbral mínimo no parece que pueda alcanzarse en base a un empleado que sólo parcialmente se dedica al arrendamiento o compraventa.

Se observará que ambos requisitos -local y persona empleada-, en particular el local, son de difícil concreción. Además, incurrir en los mismos, en particular el «local exclusivamente destinado», depende en gran parte de la voluntad del sujeto pasivo respecto de actividades de escasa envergadura. En suma, el sujeto pasivo puede decidir la tributación, en no pocos casos, a su antojo. Si a esto unimos la difícil determinación del concepto local, o, por mejor decir, su elevado grado de indeterminación, debemos concluir que la regla del artículo 40, dos, no es totalmente afortunada. Ahora bien, ¿qué alternativas tenía el legislador para dar una respuesta a los numerosos casos fronterizos de arrendamiento y ventas de inmuebles? A nuestro entender, en el caso de explotación mediante arrendamiento el modelo a seguir hubiera debido ser el que proporciona el Impuesto sobre Actividades Económicas, es decir, el valor catastral de los inmuebles en arrendamiento, en tanto que en el caso de la compraventa de inmuebles debería atenderse al número de operaciones realizadas a lo largo de varios ejercicios. Adviértase que en el caso de compraventa de bienes inmuebles es muy ventajoso calificar la operación de incremento de patrimonio debido a los coeficientes de abatimiento o de rendimiento de explotación económica en el caso de pérdida igualmente debido a los coeficientes de abatimiento.

D. Distinción entre actividad empresarial, profesional y artística.

La Ley 18/1991 da una definición común para actividades empresariales, profesionales y artísticas. Sin embargo, el régimen jurídico de los rendimientos procedentes de las mismas no es homogéneo, lo que obliga a distinguir entre ellas. En efecto:

- Los rendimientos de actividades profesionales disfrutan de una deducción del 1 por 100, en concepto de gastos de difícil justificación [art. 42.2.ª b) Ley 18/1991].
- Los rendimientos de actividades profesionales y artísticas están sometidos a la obligación de retener (art. 51 R.D. 1841/1991).
- Las sociedades que realicen actividades profesionales o artísticas pueden estar sometidas al régimen de transparencia fiscal (art. 52 Ley 18/1991).
- El régimen de estimación objetiva es diferente en determinadas actividades empresariales respecto del régimen de estimación objetiva aplicable a actividades profesionales.

A causa de las razones expuestas se hace necesario distinguir entre actividades profesionales y empresariales, a cuyo efecto entendemos que habrá de estarse a lo que resulte de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas (R.D.Leg. 1175/1990). En particular, por lo que se refiere a la obligación de retener, el artículo 51, dos, del Real Decreto 1841/1991 establece un conjunto de criterios relativos a determinadas actividades que entendemos aplicables con carácter general.

II. AFECTACION DE ELEMENTOS PATRIMONIALES A LA REALIZACION DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES O PROFESIONALES

A. Afectación de elementos patrimoniales: Criterios.

El rendimiento neto de las actividades empresariales o profesionales se determina mediante la siguiente suma algebraica:

- Ingresos (con signo positivo).
- Autoconsumo (con signo positivo).
- Subvenciones (con signo positivo).
- Gastos (con signo negativo).
- Deterioro (con signo negativo).
- Incrementos y disminuciones de patrimonio (signo positivo o negativo).

Un conjunto de gastos proviene de elementos patrimoniales afectos a la realización de la actividad empresarial, señaladamente las amortizaciones, el deterioro se refiere también a esos elementos y el incremento o la disminución procede de los mismos. Es necesario, por tanto, determinar qué bienes se hallan afectos a la actividad empresarial o profesional.

El criterio de afectación está recogido en el artículo 6.º de la Ley 18/1991, que ha sido desarrollado por el artículo 1.º del Real Decreto 1841/1991, desprendiéndose de ambos preceptos las siguientes pautas:

– Sólo se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional los destinados *exclusivamente* para los fines de la misma.

Este es el criterio básico: La dedicación exclusiva a una finalidad, precisamente empresarial o profesional.

En este sentido, no deben entenderse afectos los que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales o profesionales y privadas, salvo que la aplicación a estas últimas sea accesoria y notablemente irrelevante, lo cual acontece cuando dicha aplicación se realiza en días u horas inhábiles durante los cuales se interrumpa el ejercicio de dicha actividad.

– Es posible la afectación parcial de elementos patrimoniales, pero en ningún caso serán susceptibles de dicha afectación parcial los que tengan carácter *indivisible*.

– Se entiende que no están afectos los elementos patrimoniales que no se hallan registrados en los libros de contabilidad o registros oficiales del sujeto pasivo, en cuanto sean de obligatoria llevanza.

– Los automóviles de turismo y sus remolques, motocicletas, aeronaves, embarcaciones deportivas o de recreo, se entiende que no están afectos a la actividad empresarial, excepto los

Las reglas citadas restringen la incorporación de elementos patrimoniales a la actividad empresarial o profesional existiendo algunos casos que, ciertamente, pueden considerarse rigurosos en demasía. Así sucede en el caso de inmuebles destinados a vivienda y despacho profesional, que, habida cuenta su carácter indivisible, no podrán entenderse afectos a la actividad profesional, y, sin embargo, no es dudoso que parte del precio de adquisición debería, desde planteamientos técnicos, ser amortizable.

B. Variación en la afectación de elementos patrimoniales.

Implícitamente, el artículo 41, dos, al incluir en el rendimiento neto de las actividades empresariales los incrementos y disminuciones de elementos patrimoniales afectos a las mismas, está distinguiendo entre un patrimonio empresarial o profesional y un patrimonio privado, ambos titularidad de la misma persona. De esto se sigue, de una parte, que es preciso establecer un criterio de afectación a uno y otro patrimonio y también que pueden existir transferencias entre los dos patrimonios de referencia. Examinado el criterio de afectación, cumple ahora analizar las transferencias entre ambos patrimonios. Cuatro cuestiones nos planteamos:

¿En qué consiste la transferencia?

¿Cómo se materializa o manifiesta?

¿Determina la obtención de renta?

¿Varía el valor fiscal de los elementos patrimoniales transferidos?

a) Transferencia desde el patrimonio empresarial o profesional al patrimonio privado.

1. Contenido de la transferencia.

Obviamente no existe una transmisión en sentido jurídico, habida cuenta que el titular de ambos patrimonios es la misma persona. La transferencia interpatrimonial tiene un contenido fáctico. Se trata de un acto de voluntad del titular del elemento patrimonial que decide retirarlo de la actividad empresarial o profesional que ejerce.

2. Materialización o manifestación.

El acto de voluntad determinante de la transferencia tiene, por sí mismo, una manifestación externa, que se concretará en formas variadas: Traslación física del elemento patrimonial, adaptación del mismo a las necesidades del consumo privado

Parece lógico que la contabilidad o los registros oficiales de obligatoria llevanza recojan ese acto de voluntad mediante un asiento, en el que cause baja el elemento patrimonial de que se trate.

3. Obtención de renta.

La transferencia interpatrimonial no se considera alteración patrimonial (art. 41, tres). Consecuentemente, no se producirán incrementos o disminuciones de patrimonio como consecuencia del acto de transferencia.

Se trata de una regla lógica, que evitará el gravamen de las plusvalías o minusvalías implícitas en los elementos patrimoniales transferidos, hasta tanto en cuanto dichos elementos sean transmitidos a terceros o de cualquier otra forma se produzca una alteración en la composición del patrimonio respecto de los mismos.

4. Valor fiscal.

El artículo 41, tres, párrafo segundo, no deja lugar a dudas: «El valor de adquisición de los mismos (elementos patrimoniales) ... será el valor neto contable que tuviesen en ese momento (el de la transferencia)».

Esta regla es una consecuencia lógica de la inexistencia de alteración en la composición de patrimonio por causa de la transferencia interpatrimonial.

Curiosamente la Ley 18/1991 incorpora un concepto contable: El valor neto contable. Por valor neto contable se entiende el valor de adquisición de un elemento patrimonial minorado en las correcciones valorativas tanto por amortización como por pérdida de valor.

Algunos comentaristas han interpretado que, en realidad, el valor que ha de asignarse al elemento patrimonial es el «valor neto contable a efectos fiscales». Con esta precisión aluden a las correcciones valorativas que ha podido sufrir el elemento patrimonial en contabilidad pero que no han repercutido en la base imponible, e incluso a la posibilidad de que la operación en virtud de la cual se adquirió el citado elemento patrimonial haya sido valorada por un importe diferente al valor efectivo (ej.: Permuta).

Ahora bien, al mismo resultado se llega mediante la determinación de un valor neto contable a efectos fiscales que mediante la corrección de la renta obtenida por la transmisión del elemento patrimonial en el importe de las correcciones de valor no integradas en la base imponible o, en su caso, de la diferencia entre el valor efectivo de adquisición y el valor que prevaleció a efectos fiscales. Y, si esto es así, nos parece mejor no acuñar nuevos conceptos, como puede ser el de «valor neto contable fiscal», y operar con el «valor neto contable», de inequívoca significación, debiendo en tal caso proceder a los ajustes pertinentes en la renta obtenida.

Veamos un caso práctico:

Un inmueble, anteriormente afecto a oficinas, se emplea como vivienda del empresario. Valor de adquisición 7.000.000 pesetas, amortización contabilizada 3.000.000 pesetas; amortización deducible 2.000.000 pesetas. Posteriormente, se enajena en 9.000.000 pesetas.

1. Cálculo del incremento de patrimonio según la técnica del valor neto contable fiscal:

Minuendo	9.000.000	
Sustraendo	5.000.000	(Valor neto contable fiscal)
Incremento	4.000.000	

2. Cálculo del incremento de patrimonio según la técnica del valor neto contable y ajuste de la base imponible:

Minuendo	9.000.000	
Sustraendo	4.000.000	(Valor neto contable)
Ajuste	(1.000.000)	
Incremento	4.000.000	

El ejemplo habla por sí solo, y el consejo es éste: No creemos conceptos innecesarios que sólo sirven para poner un muro entre las leyes y los ciudadanos.

La transferencia interpatrimonial puede realizarse por motivos fiscales, que se concretarán, las más de las veces, en la pretensión de utilizar los coeficientes de abatimiento (art. 45, dos, Ley 18/1991). Para evitar que tal propósito prospere, se establece que «se entenderá que no ha existido desafectación, salvo en los supuestos de cese en el ejercicio de la actividad, si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde la fecha de aquélla».

Este precepto, cuya causa se halla en la divergencia de tratamiento entre las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, abre varios interrogantes.

El primero, de orden práctico, consiste en fijar la fecha de desafectación a partir de la cual comienza el cómputo del plazo de tres años. No va a ser fácil, pues se trata de un acto unilateral, sin intervención de un tercero.

El segundo, es determinar si estamos ante una presunción o ante una calificación legal en base a un supuesto de hecho. A nuestro entender no se trata de una presunción, sino de una calificación legal. Por tanto, la prueba de la efectiva desafectación no tiene efecto alguno. El legislador declara inexistente la desafectación si se hubieren transmitido los bienes y derechos antes de transcurridos los tres años.

Claro es que esta calificación legal encierra una anomalía: Existe el hecho de la desafectación pero se le declara inexistente. En suma, se declara inexistente la realidad.

Hubiera podido recurrirse a otras técnicas más ortodoxas y lograr el mismo efecto. Así, por ejemplo, negar la aplicación de los coeficientes de abatimiento o bien negar los efectos de la desafectación. Nuestra preferencia es clara: Negar la aplicación de los coeficientes de abatimiento.

La ley, sin embargo, es clara: Si se enajena el elemento patrimonial antes de transcurridos tres años a partir de la desafectación, se entenderá que ésta no se ha producido.

El tercer interrogante es de política fiscal. ¿Por qué no se aplican los coeficientes de abatimiento en el caso de transmisión de activos empresariales? Contestar a esta pregunta exigiría conocer la causa y fundamento de los coeficientes de abatimiento, pero debemos confesar nuestra ignorancia al respecto, pues ni la Exposición de Motivos de la Ley 18/1991 aclara nada sobre el particular, ni en el Libro Blanco publicado por el Ministerio de Hacienda para justificar las opciones reformadoras hallamos explicación alguna. Es difícil, además, en la teoría de la Hacienda Pública, encontrar alguna teoría que defienda el «olvido» de las plusvalías, no así que postule la corrección por inflación y la suavización de la progresividad habida cuenta de la irregularidad en la obtención de las mismas, y, mucho menos, el «olvido» de las minusvalías. Pero, planteada la pregunta, debemos afrontarla. Pues bien, a nuestro entender, la única explicación aceptable la hallamos en el artículo 42, el cual ordena determinar el rendimiento neto de las actividades empresariales según las normas del Impuesto sobre Sociedades, y estando incluidos en dicho rendimiento neto los incrementos de patrimonio parece adecuado que no se apliquen los coeficientes de abatimiento, extraños al Impuesto sobre Sociedades.

¿Deberían adoptarse los coeficientes de abatimiento en el Impuesto sobre Sociedades? La regulación unitaria del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas así parece sugerirlo, pero no sería aconsejable porque se crearía una distorsión de primera magnitud en el Impuesto sobre Sociedades, pues es bien sabido que privilegiar la fiscalidad de una renta respecto de otra u otras atrae, inexorablemente, fenómenos de transformación de rentas. Además, el método de tributación de las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades mayoritariamente aceptado consiste en el diferimiento del gravamen ligado a la reinversión, corrigiendo, en su caso, el efecto de la inflación.

b) Transferencia desde el patrimonio privado al patrimonio empresarial o profesional.

1. Contenido de la transferencia.

La transferencia tiene una caracterización exclusivamente fáctica, derivada de un acto unilateral del titular de ambos patrimonios.

2. Materialización o manifestación.

La manifestación del acto de voluntad en que consiste la transferencia interpatrimonial se logrará mediante la incorporación a la contabilidad del sujeto pasivo del elemento patrimonial de que se trate. A nuestro entender, el asiento de incorporación es constitutivo respecto de la transferencia interpatrimonial, de tal suerte que si éste no se practica, la citada transferencia no existe. Es decir, no ha existido la afectación a la actividad empresarial o profesional. Sustentamos este criterio en que el artículo 1.º del Real Decreto 1841/1991 entiende que no se hallan afectados a las actividades empresariales o profesionales aquellos elementos patrimoniales que no están reflejados en los libros de contabilidad o en los registros oficiales de obligatoria llevanza.

3. Obtención de renta.

La transferencia interpatrimonial no se considera alteración patrimonial (art. 41, tres).

4. Valor fiscal.

El artículo 41, tres, dispone que «en el supuesto de afectación a las actividades empresariales o profesionales ... su incorporación a la contabilidad del sujeto pasivo se hará por el valor de los mismos que resulte de los criterios establecidos en las normas del Impuesto sobre el Patrimonio».

Esta norma es criticable desde diversas perspectivas.

En primer lugar, se advierte que la ley fiscal se inmiscule en ámbitos contables, lo que no parece correcto ni deseable. Obsérvese que se vulnera el principio contable del precio de adquisición, establecido en el artículo 38 del Código de Comercio, así como en el Plan General de Contabilidad.

En segundo lugar, y ya en el campo fiscal, se advierte que la regla de valoración para los elementos patrimoniales afectados a las actividades empresariales o profesionales puede conducir, en algunos casos, a una regularización gratuita de activos. En efecto, esto sucederá siempre que el valor conforme al Impuesto sobre el Patrimonio sea superior al precio de adquisición. Esto pudiera haberse evitado fácilmente estableciendo como valor para los elementos transferidos el precio de adquisición, pero ha de reconocerse que tratándose de sujetos pasivos no acostumbrados al cálculo contable la regla legal, aunque imperfecta, es práctica.

Tal vez entendiendo que la afectación puede realizarse por motivos fiscales, el último párrafo del artículo 41, tres, establece que «se entenderá que no ha existido esta última (desafectación), a todos los efectos, si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde su contabilización, sin reinvertir el importe de la enajenación ...».

Se trata de una norma paralela a la anteriormente expuesta relativa a la desafectación, pero cuya aplicación va a ser más sencilla porque está determinada la fecha a partir de la cual comienza el cómputo de los tres años. Esta fecha será aquella en la que se produzca la contabilización del elemento patrimonial afectado. Adviértase, sin embargo, que la contabilidad es un documento privado constituido por el propio sujeto pasivo, por lo que tal vez sea el único caso en nuestro Derecho en que se tiene por cierta una fecha que consta en documento privado.

Opinamos que la norma transcrita no encierra una presunción, por tanto, aun cuando pueda probarse la efectiva afectación del elemento patrimonial transmitido a la actividad empresarial o profesional, no tendrá efecto alguno: El legislador declara inexistente la afectación. Consecuentemente los incrementos o disminuciones de patrimonio derivados de la transmisión se calcularán en función del valor de adquisición y no del valor que tuviere el elemento patrimonial transmitido según las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio en el momento de la afectación, pero serán, en cambio, aplicables los coeficientes de abatimiento (art. 45, dos).

Ahora bien, si el importe obtenido por la transmisión se reinvierte de acuerdo con las normas establecidas en el Impuesto sobre Sociedades, no se aplica la norma que declara inexistente la afectación y, por tanto, será aplicable para el cálculo del incremento o disminución de patrimonio el «valor de afectación», esto es, el valor del elemento patrimonial afectado y posteriormente transmitido a tenor de las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.

Esta excepción a la restricción a la afectación es de difícil comprensión, porque la reinversión elimina la totalidad del incremento de patrimonio y, por lo tanto, tiene poco sentido calcular el mismo en función del valor de adquisición o el valor según el Impuesto sobre el Patrimonio. La lógica apunta a lo contrario, es decir, que la reinversión no sea causa de excepción a la regla de no desafectación.

III. DETERMINACION DEL RENDIMIENTO NETO

A. Aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 42 establece que «en la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales y profesionales serán de aplicación, sin perjuicio de lo previsto para la estimación objetiva, las normas del Impuesto sobre Sociedades».

La norma transcrita está matizada por la aplicación de determinadas «disposiciones especiales» que el legislador establece y a las que nos referiremos más adelante. En sí misma parece llena de buen sentido, porque permitirá que el beneficio imponible sea el mismo cualquiera que sea el titular de la empresa, persona física o jurídica. Sin embargo, tan loable propósito queda en parte desmerecido por una norma, hoy por hoy ajena al Impuesto sobre Sociedades, relativa a la valoración de los ingresos (art. 41, cinco, segundo párrafo).

B. Excepciones a las normas del Impuesto sobre Sociedades.

a) Autoconsumo.

En el Impuesto sobre Sociedades no puede darse la figura del autoconsumo porque las personas jurídicas no realizan la función de consumo. Es cierto que algunos bienes pueden ser aprovechados por los socios para su uso o consumo, pero tal supuesto no puede ser considerado como autoconsumo.

El autoconsumo consiste en destinar al uso o consumo privado del empresario o profesional los bienes o servicios objeto de su actividad. El autoconsumo no afecta a toda clase de bienes, sino única y exclusivamente a aquellos que son objeto de la actividad empresarial o profesional. Por consiguiente, la afectación al uso o consumo privado de un elemento del inmovilizado no puede catalogarse como autoconsumo, pues no se trata de un bien objeto de la actividad empresarial o profesional. Este acto constituye un supuesto de desafectación, anteriormente estudiado.

Pues bien, los bienes y servicios destinados al uso o consumo privado constituyen un ingreso más de la actividad empresarial o profesional, cuyo importe será el valor normal en el mercado de los mismos.

En la práctica no será difícil valorar los bienes y servicios autoconsumidos. Bastará con tomar los precios que para los restantes bienes y servicios aplica el sujeto pasivo. Lo difícil será probar la existencia del autoconsumo, tarea que incumbe a la Administración. El buen juicio, finalmente, aconseja no extremar el celo en el autoconsumo, pues podría dar lugar a situaciones extravagantes (el asesor fiscal que hace su declaración, el dentista que extrae una muela a su cónyuge ...).

b) Cesiones gratuitas a terceros de bienes y servicios.

El artículo 41, cinco, establece que «se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el sujeto pasivo ceda o preste a terceros de forma gratuita ...». ¿A qué efecto? Parece que al de determinar un ingreso, pero así como en el auto-

consumo no se suscita esta duda porque el artículo 41, uno, lo entiende comprendido entre los ingresos, en el caso de las cesiones gratuitas sí se plantea, porque el citado artículo no las menciona.

Debemos observar que no estamos ante una norma que presuma la existencia de ingresos, sino ante una norma de valoración, de tal suerte que la prueba de la gratuidad en la entrega de bienes o en la prestación de servicios no impedirá la aplicación de la misma, en cuya virtud se determinará un ingreso. Siendo esto así debemos reconocer que existe una cierta contradicción entre el artículo 41, cinco, y artículo 7.º habida cuenta que en éste se presume retribuida por su valor normal en el mercado «las cesiones de bienes y derechos en sus distintas modalidades».

La raíz del problema está en el incontrolado perímetro de la presunción de onerosidad del artículo 7.º, que, para algunos se refiere tan sólo a los rendimientos de cesión de elementos patrimoniales y para otros a la totalidad de rentas obtenidas por la cesión de bienes y derechos, en cuyo caso, parece innegable la fricción con el artículo 41, cinco.

Salvado lo expuesto, la norma no está exenta de lógica, pues la entrega gratuita de un bien o la prestación igualmente gratuita de un servicio es una liberalidad que no debe reducir la carga tributaria del empresario o profesional donante. Ahora bien, tal vez no debiera haberse valorado el ingreso en el valor normal de mercado sino en el coste de producción del bien o servicio, porque el empobrecimiento del donante no debería incluir el lucro cesante.

c) Contraprestaciones notoriamente inferiores al valor normal en el mercado.

El segundo párrafo del artículo 41, cinco, establece que «cuando medie contraprestación y ésta sea notoriamente inferior al valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último». ¿A qué efecto? No puede ser otro que al de estimar un ingreso.

Nuevamente entendemos que nos hallamos ante una norma de valoración y no ante una presunción. Y nuevamente debemos advertir que existe una cierta contradicción con el artículo 7.º. La causa, al igual que explicamos en el apartado anterior, se encuentra en el incierto perímetro del artículo 7.º.

La determinación de un ingreso en función del valor normal de mercado cuando las operaciones o transacciones se realizan entre partes independientes implica, ni más ni menos, que una norma objetiva de valoración se ancla en el recinto de la estimación directa. Diríase que la estimación objetiva invade de manera subrepticia el ámbito propio de la estimación directa. El legislador fiscal, es, sin duda, consciente de este desliz, porque la norma objetiva de valoración

sólo se aplica cuando la contraprestación es «notoriamente inferior» al valor de mercado, lo cual significa que es válida la contraprestación efectiva excepto en los casos de manifiesta divergencia con los valores normales en el mercado.

En cuanto concepto jurídico indeterminado, corresponderá a los órganos encargados de la aplicación del tributo apreciar en cada caso si las circunstancias del mismo pueden ser subsumidas en aquél, incumbiendo a los citados órganos la prueba de la divergencia notoria entre el precio convenido y el precio de mercado.

En pura teoría, la aplicación mecánica de la norma que venimos comentando puede determinar la sustitución del valor o precio efectivo por el valor de mercado, con grave merma de la seguridad jurídica y, también en el plano de lo teórico, con posible perjuicio de la capacidad económica, porque la renta sólo puede ser determinada en base a magnitudes efectivas y no estimadas. En la práctica, sin embargo, ni la seguridad jurídica ni la capacidad económica van a sufrir mengua, porque raramente el precepto va a encontrar el supuesto de hecho sobre el que desplegar sus efectos. En efecto, la ocultación de ingresos empresariales o profesionales no se realiza habitualmente mediante el falseamiento de los precios aplicados, sino mediante la ocultación de un determinado número de operaciones.

C. Ingresos computables.

a) Concepto de ingreso.

A excepción de las particularidades examinadas en el apartado precedente, los ingresos se determinan de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades, en concreto son de aplicación el artículo 12 de la Ley 61/1978 y los artículos 91 a 99 del Real Decreto 2631/1982, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS).

El artículo 12 de la Ley 61/1978 no define, en realidad, los ingresos derivados de una actividad empresarial, sino que se limita a enumerar las fuentes de los ingresos computables para la determinación de la totalidad de los rendimientos. Entre los ingresos computables, cita la letra a) a «los derivados del ejercicio de una actividad empresarial o profesional». Bien se comprende que no estamos ante una definición sino ante una simple afirmación: Hay ingresos que proceden de la realización de actividades empresariales. Consciente, tal vez, el legislador de la endeblez de su aproximación al concepto de ingreso, enumera una serie de actividades empresariales, lo cual, obviamente, nada añade.

Tampoco encontramos en el RIS una definición de ingreso, aunque sí una larga enumeración abierta de las diferentes clases de ingresos y un tratamiento particularizado de alguna de las citadas clases.

Debemos acudir al Plan General de Contabilidad para encontrar un concepto jurídico del ingreso: «Enajenación de bienes y prestación de servicios que son objeto del tráfico de la empresa; comprende también otros ingresos, variación de existencias y beneficios extraordinarios del ejercicio».

Dos notas destacan en la definición del PGC:

- Transmisión de bienes o prestación de servicios.
- Objeto del tráfico de la empresa.

Algunas matizaciones podrían hacerse a ambas notas, en particular a la posibilidad de computar ingresos antes de la transmisión, e igualmente podríamos preguntarnos por la coherencia de considerar como ingresos los beneficios extraordinarios, siendo así que no se logran en el tráfico de la empresa, pero, realmente, no valdría la pena tal empeño, porque el concepto de ingreso es intuitivo y muy pocos problemas se han planteado en la realidad, exceptuando los concernientes a la imputación temporal que, realmente, son de naturaleza diferente. Por tanto, no es suficiente el concepto de ingreso extraído del PGC.

b) Las categorías de ingresos establecidas en el PGC y los ingresos fiscales.

¿Hay algún ingreso reconocido por el PGC que no lo sea, a efectos fiscales? ¿Hay algún ingreso reconocido fiscalmente que no lo sea contablemente?

No hay ningún ingreso reconocido por el PGC que no lo sea, a efectos fiscales. Sin embargo, alguno de los ingresos enumerados por el PGC no son, fiscalmente, imputables a los rendimientos de actividades empresariales. Así, por ejemplo, los «Ingresos de valores de renta fija» (761) son imputables a rendimientos del capital mobiliario, y los «Beneficios procedentes del inmovilizado material» (771) a incrementos de patrimonio, aun cuando los incrementos de patrimonio, tratándose de profesionales y empresarios individuales, se consideran integrantes de los rendimientos netos de la actividad (art. 41, dos, Ley 18/1991).

Tampoco hay ingresos fiscales que no lo sean a su vez contables, sin perjuicio de las reglas de imputación temporal, en ocasiones diferentes.

Esta coincidencia entre lo fiscal y lo contable, por otra parte natural, ha propiciado que las normas fiscales hayan prestado poca atención al ingreso, lo cual no es, ni mucho menos, criticable sino, por el contrario, ensalzable, y la prueba la encontramos en los artículos que el RIS dedica al ingreso, cuyo heterogéneo contenido y aparato contable los hace extraños en una disposición fiscal.

c) Ingresos regulados expresamente en el RIS.

1. Ingresos por ventas y servicios (art. 92 RIS).

Este precepto está en desuso desde la entrada en vigor del IVA, por lo que se refiere a los impuestos indirectos, y por lo que se refiere a los restantes mandatos en el mismo contenidos son absolutamente superfluos.

2. Bonificaciones y descuentos sobre compras (art. 93 RIS).

En cuanto se reconozcan en especie se valorarán a los precios vigentes en el mercado y no constituirán ingreso si se utilizan para reducir el coste de adquisición de las compras.

Entendemos que una norma fiscal no debería entrar en estos detalles, y, simplemente, lo más acertado sería estar, fiscalmente, a lo que resultase de la contabilidad llevada conforme al PGC.

3. Ingresos financieros (art. 94 RIS).

El número 2 de este artículo otorga al sujeto pasivo la posibilidad de diferir el pago del tributo mediante la integración de los ingresos financieros en la base imponible en el momento de su vencimiento.

4. Ingresos accesorios a la explotación (art. 95 RIS).

Este precepto califica como ingresos a «las participaciones en beneficios que perciban los sujetos pasivos en su calidad de Administradores o de Vocales de los Consejos de Administración o Juntas que hagan sus veces ...».

Entendemos que estas remuneraciones no integrarán los ingresos a los efectos de determinar el rendimiento empresarial o profesional, sino que tributarán en concepto de rendimiento del trabajo [art. 25 p) Ley 8/1991].

5. Subvenciones.

Distingue el PGC entre «Subvenciones oficiales de capital» (130) y «Subvenciones oficiales a la explotación» (740). Esta misma clasificación la hallamos en el RIS: Subvenciones corrientes (art. 96) y Subvenciones de capital (art. 87).

El criterio para distinguir entre una y otra reside en su función financiera. En efecto, son subvenciones de capital las concedidas «para establecimiento o estructura fija de la empresa» (130 PGC); en términos fiscales, «para favorecer el inicio de las actividades o la realización de inversiones en inmovilizado o gastos de proyección plurianual» (art. 87.1 RIS). Y son subvenciones de explotación o corrientes las concedidas «al objeto, por lo general, de asegurar una rentabilidad mínima o compensar "déficits" de explotación»; en términos fiscales, las destinadas «a la compensación, total o parcial, de las pérdidas, o a la obtención de una renta mínima» (art. 96.1 RIS).

Observamos que ambas normas, fiscal y contable, son prácticamente coincidentes en el concepto y clase de subvenciones, de aquí que sería deseable una regulación unívoca a alcanzar mediante la inhibición de la norma fiscal.

La distinción entre ambos tipos de subvenciones no es meramente académica sino que tiene una consecuencia práctica que estriba en el diferente ritmo de imputación temporal a la cuenta de Pérdidas y ganancias de una y otra (aspecto contable) o a la base imponible (aspecto fiscal).

En este punto la regulación fiscal y la regulación contable son también prácticamente coincidentes. En efecto, las subvenciones corrientes son ingreso del ejercicio en que se conceden en tanto que las subvenciones de capital son ingreso a medida de la depreciación experimentada por los activos financiados con las mismas. La divergencia entre las normas fiscales y contables únicamente se presenta cuando los activos financieros con la subvención no son susceptibles de amortización, pues en tal caso la Norma 20.^a de las de valoración del PGC establece que la subvención se imputará al resultado del ejercicio en el que se produzca su enajenación o baja en el inventario, a diferencia de lo que establece el artículo 87 del RIS, que establece la integración de la subvención en la base imponible a lo largo de un período de diez años, línealmente, que tampoco podrá ser rebajado aunque el período de amortización sea superior.

A nuestro entender es más correcta la regulación contable, porque la subvención en capital tiene por efecto económico minorar el coste de adquisición de los elementos patrimoniales para cuya adquisición se concede.

6. Provisiones no aplicadas a su finalidad (art. 97 RIS).

El vigente PGC denomina a esta situación exceso de provisiones y contempla las siguientes:

- Exceso de provisión para riesgos y gastos.
- Exceso de provisión del inmovilizado inmaterial.

- Exceso de provisión del inmovilizado material.
- Exceso de provisión para valores negociables a largo plazo.
- Exceso de provisión para insolvencias de créditos a largo plazo.
- Exceso de provisión para valores negociables a corto plazo.
- Exceso de provisión para insolvencias de créditos a corto plazo.

Todos los excesos serán considerados como ingresos del ejercicio en que se produzcan, pero de los enumerados, los relativos a valores negociables no pueden concurrir en el empresario individual porque esos elementos patrimoniales no pueden considerarse afectos a la actividad empresarial; en otros términos, forman parte del patrimonio privado y no del patrimonio empresarial.

La identidad entre la norma fiscal (art. 97 RIS) y el PGC es prácticamente total, de aquí que aquélla deba entenderse superflua. Inclusive a tal conclusión podría llegarse en ausencia del PGC, porque entra en la lógica del cálculo contable de las provisiones que el importe de las dotaciones a las mismas sea ingreso imputable al ejercicio en que se produzca el cese de las circunstancias que justificaron las citadas dotaciones.

7. Indemnizaciones devengadas sobre operaciones y valores de explotación (art. 98 RIS).

Este tipo de ingresos son calificados como extraordinarios por el PGC (778), y respecto de los mismos lo único que hace el RIS es establecer el momento del devengo: Cuando resulten firmes. Ahora bien, al mismo resultado llegaríamos por la combinación del principio del devengo y del principio de prudencia valorativa. En particular, este último también llevaría el momento de reconocimiento contable del ingreso a la fecha de firmeza.

8. Diferencias positivas de valoración (art. 99 RIS).

No se trata realmente de un ingreso, sino de una valoración fiscal diferente a la contable, sea de un ingreso, un gasto, una disminución o un incremento de patrimonio, que determina un aumento del ingreso o del incremento o una minoración del gasto o la disminución de patrimonio. No hay, pues, ingreso sino aumento de la base imponible por razón de una norma de valoración fiscal. El caso típico es el de las operaciones vinculadas. Este caso también puede presentarse en los empresarios individuales y profesionales por razón de las operaciones que pudieran realizar con entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades.

Las diferencias positivas de valoración motivan un «ajuste extracontable en la declaración del impuesto» (art. 99.2). Esta norma, concebida para el Impuesto sobre Sociedades, entendemos que también se aplicará a sujetos pasivos del IRPF que realicen actividades empresariales y profesionales.

Ha de observarse, finalmente, que los ajustes extracontables que afecten a incrementos y disminuciones de patrimonio tendrán la consideración de mayor rendimiento de actividad empresarial o profesional.

D. Gastos fiscalmente deducibles.

a) Los gastos y el deterioro sufrido por los bienes de que procedan los ingresos.

El artículo 41, uno, alude, para la formación del rendimiento neto, a «los gastos necesarios para su obtención y el importe del deterioro sufrido por los bienes de que procedan los ingresos». Distingue, pues, el texto legal entre los gastos y el deterioro de ciertos bienes, reproduciendo en sus mismos términos el primer párrafo del artículo 13.

Ahora bien, ¿es correcta la distinción?, y si lo es, ¿tiene alguna utilidad? La pregunta sólo puede ser contestada a la vista del estado actual de la normativa contable, y desde esta perspectiva no hallamos justificada la distinción, pues tanto el PGC como el artículo 189 del TRLSA no distinguen entre gasto y deterioro, sino que bajo la categoría superior de gasto se engloban unas ciertas clases de gastos, uno de los cuales será el deterioro. Así pues, el deterioro del inmovilizado es una clase de gasto, de aquí que no sea correcta la distinción legal entre gasto y deterioro. Se trata, sin más, de la pervivencia de una vieja fórmula que se resiste a desaparecer, probablemente llena de buen sentido en su tiempo, pero caduca en la actualidad. En cuanto a la utilidad de la distinción no la atisbamos.

b) El concepto de gasto.

Los artículos 13 y 14 de la Ley 61/1978 regulan los gastos en el Impuesto sobre Sociedades y lo propio hacen los artículos 100 a 120 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

En ninguno de los preceptos citados hallamos un concepto de gasto. Tampoco el PGC contiene un concepto de gasto, pues la definición que encabeza el grupo 6 «Compra y Gastos», es más bien una mera descripción. Pero al igual que dijimos respecto de los ingresos el concepto de gasto es intuitivo y no vale la pena, a los efectos de aplicar el impuesto o de explicar su estructura, adentrarse en la doctrina contable para extraer el concepto de gasto.

En sentido contrario, sí es interesante poner de manifiesto las notas que caracterizan a un gasto como fiscalmente deducible. Estas notas son el producto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial desarrollada durante más de medio siglo. Pues bien, estas notas son: Necesario, justificado, contabilizado e imputable al ejercicio. Ciertamente que, en determinados supuestos, se admiten derogaciones de alguna de las notas citadas, pero puede afirmarse que, en términos generales, conservan su valor orientador y de criterio para encarar los supuestos concretos que puedan presentarse.

c) Las categorías de gastos establecidas en el PGC y los gastos fiscales.

Formulemos las dos preguntas que ya conocemos: ¿Hay algún gasto reconocido en el PGC que no lo sea fiscalmente? ¿Hay algún gasto reconocido fiscalmente que no lo sea contablemente?

La respuesta es afirmativa, a diferencia de lo que sucede respecto de los ingresos. Hay gastos contables que no lo son a efectos fiscales y viceversa. El campo de los supuestos discrepantes entre lo fiscal y lo contable es más o menos extenso según que nos centremos exclusivamente en las diferencias sustanciales o también en las de imputación temporal, aunque hay alguna de estas últimas de gran nota y relieve.

d) Gastos reconocidos en el PGC que no lo son fiscalmente.

La lista de gastos fiscalmente no deducibles se halla en el artículo 14 de la Ley 61/1978 y en el artículo 125 RIS, pero, además, el carácter limitativo que se otorga por el artículo 116 RIS a las provisiones, determina la existencia de ciertos gastos no deducibles.

1. Retribución del capital propio [art. 14 a) Ley 61/1978].

Estamos ante un gasto fiscalmente no deducible pero que contablemente no está reconocido. Por tanto, no existe discrepancia contable-fiscal. A pesar de ello, prudentemente, el legislador descarta expresamente las pretensiones que en este sentido pudieran suscitarse.

2. Participaciones en beneficios, incluso el de los partícipes en cuentas [art. 14 b) Ley 61/1978].

Las participaciones en beneficios no son gastos ni fiscales ni contables. Por eso, cuando bajo la apariencia de un gasto se desliza una participación en beneficios estamos ante una in-

fracción contable, que, en buena lógica, el legislador fiscal rechaza como partida deducible. Diferente es, sin embargo, el caso de las participaciones en beneficios correspondientes a los cuentapartícipes no gestores.

En efecto, el PGC habilita la cuenta 6510 (Beneficio transferido) para recoger el beneficio que corresponde a los partícipes no gestores en las operaciones reguladas por los artículos 239 a 243 del Código de Comercio. En consecuencia el PGC califica como gasto del gestor el importe del beneficio que corresponde al no gestor. Estamos, en consecuencia, ante una patente divergencia entre la norma contable y la norma fiscal, acentuada por la Ley 18/1991, que explícitamente ha calificado como rendimiento derivado de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad a los resultados de las cuentas en participación correspondientes al partícipe no gestor (art. 37, uno. 1).

Es claro que, fiscalmente, la no consideración como gasto en sede del gestor de los resultados correspondientes al no gestor crea un problema de doble imposición inapelable. Ahora bien, ¿cuenta nuestro sistema tributario con técnicas para aligerar o evitar la doble imposición? Para contestar esta pregunta debemos considerar las diversas posibilidades existentes según la naturaleza, física o jurídica, de las partes intervinientes en la cuenta en participación.

1') Partícipe gestor persona jurídica con partícipe no gestor persona jurídica.

El partícipe no gestor puede aplicar la deducción por doble imposición de dividendos pero solamente en la modalidad del 50 por 100 (art. 24.1 Ley 61/1978).

2') Partícipe gestor persona jurídica con partícipe no gestor persona física.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 36, cinco, del Real Decreto 1841/1991, se pueden acoger a la deducción por doble imposición de dividendos las «percepciones obtenidas por el sujeto pasivo que, no teniendo el concepto estricto de dividendo, representan para aquél un rendimiento derivado de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad», lo que puesto en relación con la calificación que el artículo 37, uno. 1 de la Ley 18/1991, otorga a los resultados de las cuentas en participación correspondientes al no gestor, nos permite afirmar que cabe la deducción por doble imposición de dividendos. Pero esta deducción es tan escasa que realmente apenas alivia la doble imposición (art. 78, siete, Ley 18/1991).

3') Partícipe gestor persona física con partícipe no gestor persona jurídica.

No cabe la deducción por doble imposición, porque el beneficio distribuido debe provenir de una entidad jurídica para que aquélla sea procedente (art. 24.1 Ley 61/1978).

4') Partícipe gestor persona física con partícipe no gestor persona física.

Por la misma razón expuesta en el número anterior, no procede la deducción por doble imposición (art. 78, siete, Ley 18/1991).

La conclusión que se deriva del análisis precedente es desoladora: La cuenta en participación sufre una fiscalidad agobiante. ¿Hay alguna razón para ello? Ninguna; es más, el principio de neutralidad rechaza plenamente las situaciones de sobreimposición. ¿Por qué, entonces, se ha llegado a una tributación como la descrita?

A nuestro entender las causas son diferentes, según que el cuentapartícipe gestor sea persona física o jurídica.

Si es persona jurídica la fiscalidad de la cuenta en participación está bien diseñada. Lo que falla es el sistema para evitar la doble imposición. En efecto, si el mencionado sistema fuera efectivo no habría sobreimposición y el gravamen total en sede del cuentapartícipe gestor no sería más que una especie de imposición a cuenta, cumpliendo plenamente su función de control el Impuesto sobre Sociedades.

Si es persona física, la fiscalidad de la cuenta en participación no está bien diseñada.

Ahora bien, no debemos admitir esta conclusión mecánica sin más. Ciertamente que el artículo 42 de la Ley 18/1991 remite a las normas del Impuesto sobre Sociedades para la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales y profesionales y que entre esas normas se halla la letra b) del artículo 14 de la Ley 61/1978 que niega el carácter de gasto deducible a la participación del cuentapartícipe no gestor, pero si consideramos que el artículo 37, uno. 1 de la Ley 18/1991 establece que el resultado atribuible al partícipe no gestor es un «rendimiento obtenido por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad», habremos de concluir que la fiscalidad consistente en gravar, primero, la totalidad del resultado de la cuenta en participación en sede del partícipe gestor y, después, la parte que corresponda al partícipe no gestor en sede del mismo, sólo es aplicable cuando el cuentapartícipe gestor es una entidad jurídica sometida al Impuesto sobre Sociedades. Por consiguiente, cuando el cuentapartícipe gestor es una persona física, ni el artículo 14 b) de la Ley 61/1978, ni el artículo 37, uno. 1 de la Ley 18/1991 son aplicables. Advuértase, por si alguna duda cupiera, que ambos preceptos incluyen en su supuesto de hecho de manera implícita la cualidad de entidad jurídica respecto del partícipe gestor.

Cuando el partícipe gestor es una persona física lo que realmente hay es una laguna, que por inercia corre el riesgo de cegarse con una interpretación, que estimamos desacertada, consistente en extender los criterios establecidos para el caso en que el partícipe gestor es una enti-

dad jurídica. Es atractivo, y cómodo, razonar acerca de la sinrazón de un tratamiento diferente para personas físicas y jurídicas, pero también es desacertado porque implica desconocer la función del Impuesto sobre Sociedades en el sistema tributario. Este tributo tiene por finalidad y función gravar la renta en sede del sujeto pasivo en que se materializa, determina o conforma la misma, que, por tratarse de una entidad jurídica, generalmente societaria, la distribuirá posteriormente a sus socios, sea mediante el pago de dividendos, sea, finalmente, por su disolución y liquidación. En este sentido es coherente gravar el resultado total de la cuenta en participación en sede del gestor si éste es entidad jurídica, y posteriormente hacerlo en sede del partícipe no gestor, sin perjuicio de evitar la doble imposición. Bien se comprende que aplicar este mismo *iter* tributario cuando el partícipe gestor es una persona física carece de sentido o, lo que es peor, encierra el contrasentido de confundir la naturaleza y función del IRPF asignándole precipitadamente tareas que sólo el Impuesto sobre Sociedades puede y debe desempeñar. El fruto de la tergiversación de la naturaleza y funciones de ambos tributos es un desastre tributario. Debemos, pues, abandonar esa línea interpretativa.

Si el hecho imponible del IRPF es la obtención de renta por el sujeto pasivo, no es posible considerar que la parte correspondiente al partícipe no gestor del resultado derivado del negocio en participación integre la renta del partícipe gestor. La parte correspondiente al no gestor es renta del mismo y no lo es del partícipe gestor. Una renta no puede ser a la vez de dos personas físicas. Una misma renta no se puede gravar por el IRPF en sede de dos personas físicas. Lo impide la lógica del hecho imponible y, por encima de todo, el principio constitucional de capacidad económica que, en todo caso, impediría incluir en la base imponible del partícipe gestor una renta que corresponde al no gestor.

Sucede, por consiguiente, que la renta correspondiente al partícipe no gestor jamás podrá ser considerada renta del gestor, en cuanto éste sea una persona física. Por consiguiente, no entremos en el debate de si la participación del cuentapartícipe no gestor es o no gasto en el gestor, porque lo que sucede es que tal parte no es, ante todo, renta del mismo. Todo lo demás huelga.

Es cierto que el razonamiento precedente podría ser también utilizado cuando el partícipe gestor está sometido al Impuesto sobre Sociedades, pero en tanto en cuanto el gravamen que en este tributo se produzca tenga carácter de a cuenta del que proceda en la imposición personal del partícipe no gestor la capacidad económica queda salvaguardada.

Para concluir, cabe afirmar:

- Que la renta del negocio en participación ha de ser gravada en sede del partícipe gestor, si éste es una entidad sujeta al Impuesto sobre Sociedades, incluso en la parte que corresponda al partícipe no gestor.

- Que cuando el partícipe gestor es una persona física, solamente puede gravarse en sede del mismo la porción de renta del negocio en participación que le corresponda.

Esta conclusión evita el exceso de imposición en el caso de que el partícipe gestor sea una persona física y también lo evitaría cuando el partícipe gestor fuera una persona jurídica si el sistema para evitar la doble imposición hubiera tenido en cuenta los problemas derivados de la fiscalidad de la cuenta en participación, tal y como la concibe el artículo 37, uno. 1 de la Ley 18/1991.

3. Cuota del IRPF [art. 14 d) Ley 61/1978].

La cuota del IRPF no es gasto fiscalmente deducible, en cuanto que se trata de un tributo sobre la renta.

4. Multas y sanciones establecidas por un ente público y que no tengan origen contractual [art. 14 e) Ley 61/1978].

Bajo este concepto no están incluidos los intereses devengados por el aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias [art. 125 e) RIS]. Respecto de los intereses de demora liquidados como consecuencia de actuaciones de comprobación e investigación, entendemos que son fiscalmente deducibles, por cuanto que tienen carácter compensatorio y no sancionador. Naturalmente que unos y otros intereses deben corresponder a cuotas tributarias imputables a los rendimientos de actividades empresariales o profesionales.

Por el contrario, entendemos que no es deducible el recargo por presentación extemporánea de las declaraciones-liquidaciones.

5. Las liberalidades [art. 14 f) Ley 61/1978].

Las clásicas deducciones que en las personas físicas proceden por el concepto de donación son las reguladas en el número seis del artículo 78. Estas deducciones, además, no constituyen gasto fiscalmente deducible para la determinación de los rendimientos, sino minoraciones de la cuota íntegra. En suma, las donaciones se toman en consideración respecto de la liquidación por el IRPF del que es sujeto pasivo el empresario o profesional, pero no respecto de la determinación del rendimiento empresarial o profesional. Por esta razón el artículo 42.1.^a a) y b) de la Ley 18/1991 excluye de la categoría de gastos fiscalmente deducibles a las donaciones a que se refieren las letras m) y o) del artículo 13 de la Ley 61/1978, así como a las previstas en la Ley del Patrimonio Histórico Español.

6. Saneamiento de activo [art. 14 g) Ley 61/1978].

Sanear el activo significa eliminar del mismo aquellos activos que no son aptos para proporcionar un ingreso presente o futuro, es decir, activos meramente ficticios. El activo ficticio puede tener un doble origen: La irregularidad fraudulenta contable y la irregularidad negligente contable.

Fraude contable hay cuando en contabilidad se da de alta un activo inexistente (por ejemplo, como contrapartida de un pago irregular) o no se da de baja un activo transmitido, y negligencia contable hay cuando no se cargan a la cuenta de Pérdidas y ganancias los gastos a medida de su devengo.

Es totalmente lógico considerar no deducible la amortización de los activos inexistentes o un cargo artificial a la cuenta de Pérdidas y ganancias, y es discutible que la negligencia contable pueda determinar que un gasto real y efectivo quede sin ser computado a efectos de la determinación de la base imponible. Ahora bien, con independencia de la diferente valoración que merecen ambos hechos, es lo cierto que los dos son constitutivos de un saneamiento y por tanto resultan afectados por la no deducibilidad.

7. Fondo de comercio [art. 14 h) Ley 61/1978].

El Real Decreto-Ley 5/1990 añadió la letra h) al artículo 14 de la Ley 61/1978, al objeto de ordenar la no deducibilidad de la amortización del fondo de comercio, admitiendo, sin embargo, la deducción por causa de la depreciación del mismo cuando resultare «efectiva, irreversible y probada».

En la vidriosa materia del fondo de comercio, el legislador fiscal ha optado por una regulación rigurosa, tal vez excesiva, que, en la práctica, va a impedir gasto fiscal alguno, en tanto que, en sentido inverso, el legislador mercantil, aferrado al principio de prudencia valorativa, ordena la rápida amortización del fondo de comercio.

8. Previsión social del personal (Ley 8/1987).

La cuenta 643 del PGC recoge las «Aportaciones a sistemas complementarios de pensiones», pudiendo ser la contrapartida de esta cuenta un fondo interno denominado «Provisión para pensiones y obligaciones similares». Pues bien, estas dotaciones, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987, no son fiscalmente deducibles.

Tampoco serán fiscalmente deducibles las contribuciones empresariales a sistemas alternativos al de planes de pensiones en la medida en que no se imputan a las personas a quienes se vinculan dichas contribuciones (disposición adicional primera Ley 8/1987).

Ahora bien, cuando se paguen las pensiones o prestaciones en general a los beneficiarios, serán fiscalmente deducibles. Por consiguiente, estamos ante una diferencia temporal.

e) Gastos fiscales que no están reconocidos en el PGC.

Sustantivamente no existen gastos fiscales que, a su vez, no lo sean contablemente. Sin embargo, si contemplamos la faceta de imputación temporal nos encontramos con algunos gastos que fiscalmente lo son en un momento temporal anterior al que procede contablemente. En este dominio el ingenio del contribuyente y de la mal llamada ingeniería financiera se aguza extraordinariamente, pero, a nuestro modo de ver, tan sólo existen dos casos en los que el gasto fiscal camina por delante del gasto contable: El arrendamiento financiero y las amortizaciones que exceptúan el requisito de efectividad.

1. El arrendamiento financiero.

De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, las cuotas pagadas a una entidad de arrendamiento financiero son íntegramente deducibles si se cumplen los siguientes requisitos:

- Duración mínima del contrato: Dos años para bienes muebles y diez para bienes inmuebles.
- Las cuotas deberán distinguir la parte que es recuperación de coste de la parte que corresponde a la carga financiera.
- La parte que es recuperación de coste no puede ser decreciente.
- En los casos en que el bien objeto del contrato no sea amortizable o lo sea tan sólo parcialmente, el importe correspondiente a dicha porción no es deducible.

Frente a esta regulación, ciertamente tosca, la Norma 5.^a f) de las de valoración del PGC, considera que cuando no existan dudas razonables acerca del ejercicio de la opción de compra, deben cargarse a la cuenta de Pérdidas y ganancias los siguientes conceptos:

- La carga financiera.
- La cuota de amortización que corresponda al bien objeto del contrato en función de la depreciación que el mismo sufra.

Como quiera que la cuota de amortización es inferior a la parte de cuota correspondiente a la recuperación de coste se produce una anticipación del gasto fiscal respecto del gasto contable, lo cual, ciertamente, carece de una explicación razonable, excepto que sea propósito del legislador fiscal promover el arrendamiento financiero, lo cual, de ser así, también carece de explicación razonable. Entendemos, más bien, que estamos ante una regulación deficiente que arranca de la singularidad del contrato de arrendamiento financiero. En efecto, bajo tal forma jurídica puede encubrirse un verdadero arrendamiento, pero también una operación financiera para la adquisición del bien objeto del contrato. Ahora bien, la clave de la distinción entre ambos supuestos es sencilla y el PGC la ha descifrado perfectamente: El valor de la opción de compra. Si el precio a pagar por el ejercicio de la opción de compra es notablemente inferior al valor residual del bien objeto del contrato la opción se ejercitará y por lo tanto el contrato concluye con la adquisición del citado bien. En tal caso el PGC propone una contabilización muy coherente y acertada que el legislador fiscal debería seguir.

Sucede que la práctica mercantil del contrato de arrendamiento financiero enseña que el ejercicio de la opción de compra es lo habitual, y, por tanto, se está produciendo a través del contrato de arrendamiento financiero una anticipación del gasto fiscal respecto del gasto contable de manera sistemática.

Un activo cuyo valor sea 100 unidades puede ser minorado de la base imponible en dos años, tratándose de un bien mueble, lo que implica, sencillamente, un coeficiente de amortización del 50 por 100, y siendo así que según las tablas de amortización oficialmente aprobadas el coeficiente será, en la mayoría de los casos, 10 por 100, el efecto económico es, ni más ni menos, que el coeficiente de amortización se multiplica por 5.

¿Cuál es el importe de los recursos fiscales que se sacrifican por causa de la vigente regulación del arrendamiento financiero?

La misma situación se produce en los contratos de lease-back.

2. La amortización que exceptúa el requisito de efectividad.

Bajo la citada rúbrica se cobijan todos aquellos supuestos en los que la amortización fiscal puede exceder de la depreciación económica. Un caso paradigmático lo proporciona la Ley 12/1988, de la Expo, el Quinto Centenario y los Juegos Olímpicos.

f) Gastos regulados específicamente por el RIS.

Los artículos 100 a 120 del RIS regulan determinados gastos. No tiene mayor interés que nos detengamos excesivamente en una materia sobradamente conocida, pero sí conviene dar un repaso a estos preceptos al objeto de precisar su vigencia actual. A estos efectos debemos re-

cordar que la disposición final séptima del PGC deroga «las disposiciones sobre registro contable contenidas en las normas fiscales y en particular las del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades», y que esta derogación no se extiende a «las normas fiscales sobre calificación, valoración e imputación temporal». Por tanto, toda disposición fiscal que regule la forma de contabilizar un hecho debe entenderse, en relación a esa materia o aspecto, inaplicable, de tal suerte que el sujeto pasivo deberá contabilizar según lo previsto en el PGC.

Con independencia de los efectos derogatorios producidos por la disposición final séptima del PGC, son inaplicables los siguientes preceptos:

1. El artículo 107, pues toda la materia objeto de su regulación lo es también de la Ley 81/1987, de Planes y Fondos de Pensiones.

2. El artículo 114.2, declarado nulo de pleno derecho por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1985.

Por último deseamos hacer una reflexión final. ¿Qué aportan los artículos citados a la mejor configuración y aplicación del Impuesto sobre Sociedades? La respuesta es sencilla: En el mejor de los casos nada, y, en no pocas ocasiones, confusión. En efecto, si nos molestamos en comparar estos preceptos con lo establecido en el PGC veremos que de su aplicación, en la inmensa mayoría de los casos, no se derivan resultados diferentes de los contables. Son, por lo tanto, superfluos. Además, invitan a un razonamiento equivocado: Todo gasto no subsumible en alguno de ellos es fiscalmente no deducible.

Huir de lo superfluo, ganando claridad y concisión, es un reto que la reforma del Impuesto sobre Sociedades no debería eludir.

g) Gastos que no tienen la consideración de deducibles según el artículo 42 de la Ley 18/1991.

El artículo 42, después de remitirse al Impuesto sobre Sociedades para la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales, establece dos «disposiciones especiales», una relativa a gastos no deducibles y otra a gastos deducibles.

No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

1. Las donaciones a que se refiere la letra m) del artículo 13 de la Ley 61/1978. Se trata de donaciones a determinadas fundaciones y asociaciones.

2. Las donaciones a que se refiere la letra o) del artículo 13 de la Ley 61/1978. Se trata de donaciones a sociedades públicas o privadas de promoción de empresas.

3. Cantidades abonadas con carácter obligatorio a Montepíos y Mutualidades, cuando amparen, entre otros, el riesgo de muerte.

4. Las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español.

Veamos la justificación de estas restricciones a la deducción de gastos.

1. Donaciones a determinadas fundaciones y asociaciones.

Las donaciones a determinadas fundaciones y asociaciones motivan una deducción de la cuota (art. 78, seis), de aquí que resulte correcto excluirlas de la deducción en base imponible. Además, es más adecuado, al efecto de preservar la progresividad, practicar la deducción en cuota en base a un porcentaje fijo.

2. Donaciones a sociedades públicas o privadas de promoción de empresas.

Estas donaciones no motivan deducción alguna en el IRPF, pero su exclusión no debe ser motivo de crítica, pues realmente lo incomprensible es que estas donaciones sean fiscalmente deducibles para los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

3. Montepíos y Mutualidades.

Los Montepíos y Mutualidades de previsión social son entidades privadas que operan a prima fija o variable, sin ánimo de lucro, fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria, y ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario encaminada a proteger a sus miembros o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible mediante aportaciones directas de sus asociados o de otras entidades o personas protectoras (art. 16 Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado).

Pues bien, las cantidades satisfechas a las citadas entidades, con carácter obligatorio y cuando el riesgo cubierto, entre otros, sea el de muerte, no serán fiscalmente deducibles. La razón estriba en que estas sumas motivan una deducción en la cuota [art. 78, cuatro, a) Ley 18/1991] o una reducción de la base imponible para determinar la base liquidable (art. 71.1 Ley 18/1991).

Por el contrario, entendemos que sí serán fiscalmente deducibles las cantidades abonadas para la cobertura de riesgos sobre los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional.

Aun cuando el precepto no se refiere expresamente al seguro para caso de vida, no parece dudoso que las cantidades abonadas por este concepto no son fiscalmente deducibles para la determinación de los rendimientos de actividades empresariales, en cuanto que no constituyen gastos necesarios para la obtención de los ingresos. Desde esta consideración el precepto legal es sobrante, pues la noción de gasto necesario nos es suficiente para establecer que los seguros sobre la vida del empresario o profesional, sea para caso de vida sea para caso de muerte, no originan gastos deducibles en tanto que los seguros sobre los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional sí originan gastos fiscalmente deducibles.

4. Patrimonio Histórico Español.

El artículo 70.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, estableció una deducción en la cuota del IRPF por razón de las donaciones de bienes integrantes del citado Patrimonio, que, con ligeras modificaciones, ha sido recogida por el artículo 78, seis, a) de la Ley 18/1991. Este beneficio fiscal se instrumenta, para sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, como partida fiscalmente deducible (art. 71.2 Ley 16/1985), de aquí que sea necesario y correcto la expresa exclusión de la categoría de gasto deducible efectuada por el artículo 42 de la Ley 18/1991.

h) Gastos mencionados como específicamente deducibles por el artículo 44 de la Ley 18/1991.

La «disposición especial» 2.^a del artículo 44 de la Ley 18/1991 declara la deducibilidad de las siguientes partidas:

1. Cuotas satisfechas a Corporaciones, Colegios profesionales, Cámaras y Asociaciones empresariales o patronales legalmente constituidas.
2. Cotizaciones a Mutualidades obligatorias de funcionarios.
3. Gastos de difícil justificación calculados en el 1 por 100 de los rendimientos íntegros.

Examinemos las causas que han podido llevar al legislador a la configuración de estos gastos.

1. Cuotas satisfechas a determinadas asociaciones.

No se puede, racionalmente, dudar de que las cuotas satisfechas a las asociaciones cuyo objetivo es la defensa de los intereses de los empresarios o profesionales, deben tener la consideración de gasto fiscalmente deducible. Por tanto, el legislador no hace otra cosa que subrayar, enfatizar, la deducibilidad de un determinado gasto.

2. Mutualidades obligatorias de funcionarios.

Indica el texto legal, para evitar equívocos, que estas Mutualidades son «distintas de las mencionadas en el artículo 28». Son Mutualidades de funcionarios pero que, fiscalmente, tienen la consideración de profesionales.

Salvo mejor opinión, parece que bajo este concepto solamente se hallan las Mutualidades de los funcionarios de Registros, Notariado, y otros fedatarios mercantiles. Y si esto es así, hay varias cuestiones que debemos plantear.

La primera es determinar la relación en la que se encuentran las Reglas 1.^a c) y 2.^a a) del artículo 42. ¿Qué tratamiento recibirán las cuotas satisfechas a una «Mutualidad obligatoria de funcionarios» si amparan el riesgo de muerte? Entendemos que son fiscalmente deducibles, porque la regla especial debe prevalecer sobre la general.

La segunda nace de la respuesta a la primera. ¿Por qué tienen un trato diferente las Mutualidades de funcionarios (distintas de las del art. 28), respecto de las Mutualidades de empresarios, siendo así que los citados funcionarios son, fiscalmente, profesionales? Sinceramente, no hallamos la respuesta.

Nótese que las cuotas a Mutualidades obligatorias de empresarios o de otros profesionales son deducibles bajo ciertos límites (art. 71.1).

Observemos, por último, que tienen el mismo tratamiento, esto es, el de gastos fiscalmente deducibles, las cuotas satisfechas a Colegios de Huérfanos o Instituciones similares.

3. Gastos de difícil justificación.

Esta deducción tan sólo es para profesionales, no para empresarios, tal vez porque un cargo «a forfait» es incompatible con un cálculo contable de los rendimientos de una actividad empresarial. Pero, desde luego, también los empresarios sufren gastos cuya constancia documental, y por tanto justificación ordinaria no siempre es posible.

El importe a deducir es el 1 por 100 «de los rendimientos íntegros». ¿Qué son los rendimientos íntegros? Esta pregunta puede parecer puntillosa, pero no es así. En efecto, el artículo 41 define el rendimiento neto por la diferencia entre la totalidad de los ingresos y los gastos necesarios para su obtención, y el artículo 40 dice que rendimientos íntegros son los que proceden «del trabajo personal y del capital conjuntamente ...». Si ingresos menos gastos es igual a rendimiento neto, o bien identificamos rendimiento íntegro con rendimiento neto o lo hacemos con ingresos, pero parece que hay un concepto sobrante, en todo caso.

Tal vez rendimiento íntegro deba identificarse con la contraprestación del servicio profesional antes de practicar la retención, pero de ser así no se comprende bien por qué acuñar un nuevo concepto.

Puestos a dar una solución nos inclinamos a identificar rendimiento íntegro con ingreso.