

Incidencia fiscal en la empresa de la nueva legislación de sociedades mercantiles.^(*)

Juan Francisco GOMEZ GONZALVO
Abogado y miembro de la A.E.A.F.

INICIACION.

No cabe duda que la ley 19/1989, de 25 de julio, va a tener una influencia directa y profunda en nuestro quehacer profesional, en la actividad de nuestros despachos, y buena prueba de ello ha sido el enorme interés y expectación que ha despertado desde su publicación, que ha generado profusión de coloquios, conferencias, reuniones, estudios, etc., para analizar y escudriñar sus preceptos y obtener conclusiones para ayudarnos en su aplicación.

La ley, que es una ley mercantil, regula el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Por nuestra parte, nos limitaremos a analizar únicamente

(*) Ponencia desarrollada en el Seminario sobre la "Ley de Sociedades Anónimas y Registro Mercantil", organizado por la Cámara Oficial de Comercio y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, celebrado del 2 al 6 del pasado mes de abril.

estudios

los aspectos tributarios de esta norma legal, es decir, la incidencia que pueda tener en el campo tributario.

Se trata, pues, de analizar un aspecto de la cuestión muy importante para nosotros; pero sólo este aspecto, pues es evidente que, tratándose de una ley de carácter mercantil, tiene una influencia directa en el ámbito tributario.

LEY DE ADAPTACION. PRINCIPIOS QUE LO INSPIRAN.

Como de todos es conocido, es una ley de adaptación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, y dada la necesidad de adaptación de nuestra legislación a dichas Directivas, esta ley es un adelanto de lo que tiene que venir, pues en un plazo no muy lejano, se deberá revisar toda nuestra legislación mercantil, repasarla en profundidad, para luego adaptarla a la normativa comunitaria.

Esta ley, como las sucesivas que vengan, tendrán que adaptarse a la filosofía y Directiva de la Comunidad, y uno de los grandes principios de la Comunidad es que estas disposiciones deben ser neutrales en el campo tributario, es decir, el pensamiento de la Comunidad es que se debe fomentar la creación de sociedades, la fusión, los procesos de concentración de empresas, porque la empresa es la fuente de riqueza y como tal, debe ser propiciada, fomentada y apoyada, y el Derecho tributario no puede ser un obstáculo para los procesos de creación o desarrollo de estas sociedades.

Así pues, los actos de constitución, liquidación, concentración o fusión no deben generar impuestos, no deberán ser constitutivos del hecho imponible. La neutralidad tributaria es el principio que debe seguir esta nueva óptica del mundo empresarial y mercantil y de ello ya fue un adelanto el I.V.A., cuando en las operaciones societarias hacía tributar únicamente por "operaciones societarias" ese 1 por ciento simbólico en la constitución, aumento, fusión, etc., con exención del I.V.A. por aportación de todo el patrimonio empresarial, etc.

El mismo criterio debe presidir el tema de la financiación de la sociedad, o la compleja temática de la tributación de los préstamos, puesto que el empresario debe tener libertad absoluta para lo que se llama las "economías de opción", es decir, buscar la financiación en las diversas fuentes, tanto financiación propia como ajena, y el Derecho tributario no debe ser un obstáculo para impedir, coartar o limitar esta libertad de financiación.

estudios

El mismo criterio también debe seguir y presidir el tema de la fusión de sociedades, la concentración y la regulación de los grupos consolidados, que están llamados a constituir, a partir de ahora, lo que fue la sociedad anónima en los albores del desarrollo industrial. En este momento se debe fomentar estos procesos de agrupación de capital para competir con las grandes multinacionales y con las grandes acumulaciones de capital.

Sin embargo, debemos resaltar que, sobre el papel, los principios de esta ley son absolutamente ajenos a la práctica española. Toda la filosofía que trae la reforma en materia de sociedades anónimas es la más contraria, lo más opuesto a lo que ha sido nuestra legislación hasta ahora, y es cierto que la regulación de las sociedades anónimas en nuestro país era tan deficiente que servía absolutamente para todo, era absolutamente flexible y tenemos bajo la misma forma, desde la sociedad familiar hasta la gran multinacional, y esto sencillamente no es lógico, porque no es lo que ocurre en el resto de Europa.

Nuestra ya vieja ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, es tan deficiente que se ha creado en España una situación absolutamente anómala, cual es el que exista en este momento en el Registro Mercantil más de un millón de sociedades anónimas. Como alguien dijo muy acertadamente, el Registro Mercantil es el gran panteón de las sociedades anónimas, naturalmente, la mayoría de ellas sin actividad.

Pero esto no es lógico, porque no es lo que ocurre en Europa. Con la nueva regulación de la sociedad anónima, quedará reducido únicamente para las grandes compañías de una gran entidad, pero ya no será posible aplicar, o mejor dicho, utilizar esta sociedad para pequeñas sociedades familiares de la pequeña y mediana empresa.

La nueva regulación de las sociedades mercantiles, se basa en los grandes principios de publicidad y transparencia, principios que se adaptan perfectamente a la naturaleza y operativa de países europeos, pero es extraño a la práctica de nuestro país, y aquí se me ocurre simplemente una reflexión: las retenciones de capital mobiliario en nuestro país se elevan al 25 por ciento, cuando en Alemania el año pasado se intentó subir al 10 por ciento, y tuvieron que modificar la norma porque detectaron una auténtica fuga de capitales hacia otros países comunitarios, con unas retenciones todavía menores. Recientemente, Bélgica ha tenido también que reducir sus retenciones del 25 al 10 por ciento, por los mismos motivos.

Para nuestro país es muy importante que se consiga cuanto antes la armonización fiscal europea, porque de esta manera el legislador español tendrá que adaptar nuestro sistema tributario a las Directivas de la Comunidad, puesto que hoy estamos en franca desventaja. Es evidente que los

estudios

criterios inspiradores de la legislación europea no son los principios que inspiran nuestro legislador, que de un sistema arcaico ya ha sobrepasado los límites que se habían alcanzado por otros países europeos, que habían empezado la reforma hacía ya bastantes años.

Aplicación de la ley al campo fiscal. Fuentes de Derecho.

La ley tiene marcado carácter mercantil, *careciendo de innovaciones o novedades sustantivas en el marco del sistema tributario*, puesto que no se modifica ni un solo precepto de nuestro ordenamiento jurídico tributario, lo que ya es extraño, pues sobradamente conocida de los últimos tiempos es la técnica legislativa que nos ha deparado numerosas y múltiples sorpresas, pues es corriente que leyes con carácter marcadamente civil o mercantil, contengan preceptos con marcado carácter tributario, y a título de ejemplo podríamos citar la ley de tasas y precios públicos, con su famosa disposición adicional cuarta; la ley de mercado de valores, a la que luego haremos referencia, etc.

Pues bien, después de esta ley, todas las operaciones societarias siguen tributando de la misma forma, por lo que respecta a las operaciones de constitución, fusión o liquidación de la sociedad, así como los tributos que gravan el funcionamiento o desarrollo de la empresa en su tráfico mercantil, como el impuesto de sociedades, el I.V.A., etc. La ley contiene escasísimas referencias directas a temas fiscales, salvo lo dispuesto en las disposiciones transitorias octava y novena, pero sin embargo, contiene determinadas novedades, determinados puntos de la operativa de las sociedades mercantiles, que sí que pueden tener influencia en temas fiscales por incidencia directa en la relación Administración-Contribuyente, como pueden ser las aportaciones no dinerarias, la constitución o ampliación del capital social, el tema de las cuentas consolidadas, o valoración e informe del experto independiente en la valoración de las adquisiciones no dinerarias, además de la nueva regulación de la transmisión de las acciones o títulos valores mediante la posibilidad de anotaciones en cuenta, etc.

Analizaremos todas estas cuestiones muy brevemente, deteniéndonos en aquellos puntos concretos que consideremos más conflictivos o de mayor interés.



estudios

Esquema de la exposición.

En nuestra exposición nos referiremos, en primer lugar, a la naturaleza de esta ley y su aplicación directa en el campo tributario, cuestión muy importante, como luego veremos; es decir, un problema de fuentes de Derecho, y después comentaremos la modificación que en tema de gastos fiscales contiene la nueva normativa, un pequeño comentario del artículo 16 del Texto refundido en cuanto a las sociedades irregulares, el tema de la constitución y ampliación del capital social mediante aportaciones no dinerarias, transmisión de las acciones y títulos valores, contenido de las disposiciones octava y novena, que es, a nuestro juicio, el punto más importante.

Aplicación directa al campo tributario.

La primera cuestión que se plantea, es conocer *la naturaleza de esta ley*, por la circunstancia de que siendo una *ley evidentemente mercantil*, *tiene una incidencia directa en los temas fiscales*. Efectivamente, podemos pensar que las normas tributarias y mercantiles, son normas de diverso alcance; dos ordenamientos que procuran regular una misma cuestión de alguna manera, que es la actividad empresarial, la actividad económica movida por determinados agentes. En definitiva, es la vieja polémica doctrinal entre el Derecho privado y el Derecho público. Pues bien, dentro de esta polémica, la primera pregunta que salta a la vista es la siguiente: ¿Es esta ley mercantil directamente aplicable al ámbito fiscal, o por el contrario el tema impositivo es un mundo aparte, un mundo al margen de lo que nos digan las leyes mercantiles? ¿Son dos mundos distintos y separados dentro de la unidad de todo el ordenamiento jurídico?

Todo parece indicar que el *principio de unidad del ordenamiento jurídico* no permite esta separación absoluta en las ramas mercantil y tributaria y, por consiguiente, al mundo empresarial son directamente aplicables ambos ordenamientos, sin ningún otro requisito.

Se podría pensar que el Derecho fiscal pueda tener unas calificaciones totalmente autónomas y que estos conceptos no son de aplicación fuera de los límites estrictos del campo tributario y así, por ejemplo, cuando hablamos de "valor real", que tiene una significación estricta y precisa a efectos de la base imponible del impuesto, podría no ser aplicable a otra figura del Derecho mercantil; pero esta postura es extremadamente peligrosa y la utilización de vocablos o conceptos distintos en el campo del Derecho

estudios

tributario y Derecho mercantil, podría llevarnos a unos problemas de muy difícil solución.

Entendemos que, en definitiva, ambas ramas del Derecho no son más que parte del ordenamiento jurídico común y único, procedente de un mismo legislador y, por consiguiente, hay conceptos unívocos y perfectamente definidos que tienen que utilizarse con carácter general en el ámbito del Derecho mercantil y del Derecho tributario; y así, los conceptos de persona jurídica, de constitución de sociedad, de usufructo de acciones, de transmisión de participaciones, de la fusión, escisión, grupo de sociedades, etc., tienen una unidad de sentido y una utilización general.

“Realidad fiscal”

Y aquí muy brevemente interesa una reflexión de la tendencia de la Administración tributaria al pretender crear una “realidad fiscal” distinta a la “realidad mercantil” o “económica”, es decir, me refiero a la proliferación en los últimos tiempos de las presunciones tributarias. En efecto, la realidad mercantil no es equivalente o idéntica a la realidad tributaria, puesto que esta realidad fiscal se ve muchas veces alejada de aquélla por la regulación específica de su propia ley. Y así, en el tema, por ejemplo, de la contabilidad y en el tema de los resultados del ejercicio, o incluso de la situación patrimonial de la sociedad, el beneficio fiscal puede no coincidir con el beneficio mercantil o empresarial, porque a efectos fiscales, determinados conceptos pueden ser o no gasto fiscal o pueden ser o no ingreso fiscal. Lógicamente, no es el momento para debatir el tema de las presunciones tributarias o el abuso que de las mismas puede efectuar en un determinado momento la Administración tributaria, y que hoy se puede combatir no solamente por las leyes ordinarias: la ley general tributaria (los principios de carga de la prueba que incumbe a la Administración), sino también por la aplicación directa de los grandes principios constitucionales, que amparan al ciudadano en el artículo 24 de la Constitución, como el de la “presunción de inocencia”, la “seguridad jurídica efectiva”.

Gasto fiscal del impuesto.

Pero volviendo al tema que nos ocupaba, estos criterios que hemos expuesto en cuanto a la naturaleza de la ley mercantil y a los criterios

estudios

interpretativos y de aplicación directa, nos pueden ayudar a resolver muchos de los problemas que van a surgir.

La primera de las cuestiones que se nos ofrece, en este sentido, es el posible conflicto entre la regulación de las cuentas por las leyes mercantiles o por las leyes tributarias, y ya existe un conflicto y una distinta regulación, por lo que se refiere al tema "gastos fiscales". En efecto, en el artículo 189 del Texto refundido de la ley de sociedades anónimas y en el 105 de la ley de adaptación, figura como "gasto" en la cuenta de "Pérdidas y ganancias", el de:

10. Impuesto sobre sociedades.

En el reglamento del impuesto de sociedades (Real Decreto de 15 de octubre de 1982) regulan los gastos deducibles en los artículos 100 y siguientes, conteniendo una relación pormenorizada de lo que se debe entender por gasto a efectos fiscales, o "gasto deducible" entre los que se cuentan las adquisiciones corrientes de bienes, gastos accesorios de compra, bonificaciones y descuentos, gastos de personal, sueldos y salarios, cargas sociales, etc., etc., pero en ningún momento figura el pago que la sociedad efectúa por el impuesto de sociedades, es decir, la cuota del impuesto.

Sin embargo, hemos tenido en alguna ocasión oportunidad de comentar este punto con algunos profesionales extranjeros, concretamente los británicos, y nos han indicado que en efecto, en su país sí que se consideraban gasto fiscal el pago efectuado por el impuesto de sociedades. La estructura definitiva de este gasto fiscal vendrá dada en el nuevo plan general de contabilidad.

Sociedad irregular del artículo 16 del Texto refundido.

Esta disposición nos dice que verificada la voluntad de no inscribir la sociedad, y en cualquier caso transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. Y a renglón seguido, en el párrafo segundo, nos dice que si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.

¿Cuál es el problema? Sencillamente que ateniéndonos al tenor de lo

estudios

que dice este párrafo segundo, una sociedad que es aquélla en la que aparece que se ha verificado la voluntad de no inscribir, sea cual fuere el motivo, y además la sociedad ha iniciado sus operaciones, y aquí viene la calificación interesante, se nos dice que se le aplicarán las normas de sociedad civil o sociedad colectiva.

La ley otorga en este caso a los socios la posibilidad de pedir la disolución y pedir la restitución; y esto plantea, en primer lugar, la siguiente cuestión: ¿Cómo se puede pedir la disolución de una sociedad que no se ha constituido? Porque, de acuerdo con la legislación actual, la inscripción es un acto constitutivo; una sociedad no inscrita no es sociedad, no adquiere personalidad aunque se haya otorgado la escritura pública, y existiendo un pacto social.

Cuando por la ley se afirma que se aplicarán las normas de la sociedad civil o de la colectiva, debemos entender que existe constitución de sociedad; que no será sociedad anónima, pero se habrá constituido una sociedad colectiva y sólo con esta interpretación podría justificarse que se pueda pedir la disolución de la sociedad.

En cuanto al tema de la restitución, también preocupa el tema y debemos conocer si se le restituye lo mismo que aportó, es decir, los mismos bienes, o se le debe restituir solamente su *valor*, y esto tiene su importancia, porque aquí hay una calificación jurídica, y no es lo mismo entender que con ello lo que hay es una especificación de Derecho, pero no una transmisión, en cuyo caso no genera impuesto ni plusvalías, o entender que, en efecto, hay una disolución con todos los problemas tributarios que ello comporta.

Pero no se acaban aquí los problemas, porque si es una sociedad civil, por aplicación del artículo 12 de la ley sobre la renta, entraríamos en un supuesto de régimen de transparencia, siendo completamente distinta su tributación si mantenemos que es una sociedad colectiva y que, por lo tanto, es una sociedad que como tal está sujeta al impuesto sobre sociedades. Y esto plantea una serie de cuestiones por el que no sabemos si tenemos una nueva persona jurídica o no la tenemos, y esto es determinante a la hora de tributar por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto sobre la renta en el régimen de transparencia, porque lo primero que hay que determinar es quién es el sujeto pasivo, con lo cual la duda se puede multiplicar. Pero no me quiero extender sobre este tema porque hay otros puntos de la ley quizá más interesantes, aunque no tan conflictivos como éste. Sencillamente, dejo la cuestión sobre la mesa resaltando que los problemas que se pueden originar son de muy difícil solución, y esperemos que en algún momento se rectifique esta desafortunada redac-

estudios

ción de este artículo 16, que no ha merecido la atención, evidentemente, de la Comisión de Codificación, a pesar del tiempo que esta ley la están estudiando.

Transmisión de las acciones y participaciones sociales.

Consideramos de interés el tema de la transmisión de las acciones y participaciones, cuya regulación ha sufrido una importante modificación en los últimos tiempos, ya desde la entrada en vigor de la ley de mercado de valores de 28 de julio de 1988, con importante incidencia en los aspectos tributarios.

Dicha disposición, modificando la legislación anterior, establece que los *valores negociables* podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos. El nuevo Texto refundido de la ley de sociedades anónimas también admite esta posibilidad cuando dispone, en su artículo 51, que las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Las acciones, a su vez, podrán ser al portador o nominativas, exigiéndose la anotación en el libro de registro de acciones nominativas, libro similar al libro de socios que regula la ley de sociedades de responsabilidad limitada.

La gran novedad en la transmisión de las acciones nominativas viene dada por lo dispuesto en el artículo 56 del Texto refundido, último párrafo, en el que se dispone que las acciones nominativas podrán transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación los artículos 16, 19 y 20 de la ley cambiaria. La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título y los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.

Como ustedes saben, hasta estas recientes disposiciones las acciones y participaciones sociales se transmitían siempre mediante intervención de fedatario público.

Además, esta transmisión estaba sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales, que según la regulación del Texto refundido del impuesto, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, la tributación era diferente, y así las acciones tributaban con una escala según el artículo 12.3 y las participaciones sociales se consideraban que eran bienes muebles y tributaban al tipo del 4 por ciento (artículo 11 del mismo texto legal).

Pues bien, volviendo a lo que antes indicábamos en el preámbulo,

estudios

primera parte de nuestra exposición, en la que decíamos que la nueva normativa española tiene que acomodarse a los principios de las Directivas del Mercado Común, las operaciones societarias, las operaciones de financiación, etc., para favorecer la libre economía de mercado y la creación de empresas, debían ser operaciones neutrales, que no debían generar impuestos, y de acuerdo con este pensamiento, la ley de mercado de valores antes referida, en su artículo 108, establece que las transmisiones de valores estarán exentas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y del I.V.A., con dos excepciones:

- 1.^a Las transmisiones de valores que representen parte del capital social o patrimonio de sociedades, cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por ciento por *inmuebles situados en territorio nacional*, siempre que como resultado de dicha transmisión el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o una posición tal que le permita *ejercer el control* sobre estas entidades, entendiéndose que este control se obtiene cuando se alcance una participación en el capital social superior al 50 por ciento.
- 2.^a Las transmisiones de acciones o de participaciones sociales recibidas por la *aportación de bienes inmuebles*, realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no haya transcurrido un plazo de un año.

En estos supuestos, se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes, calculados de acuerdo con arreglo a la normativa vigente del impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

Esta exención alcanza por igual a las acciones y participaciones sociales en cuanto que ambas representaciones del capital social son integrantes del término genérico “valores”, inserto en dicha disposición. No ofrece ya ninguna duda después de la *consulta núm. 10.958 planteada a la Dirección General de Tributos*, que aunque a partir de la modificación de la ley general tributaria de la ley 10/85, de 25 de abril, no es vinculante, sin embargo resulta de enorme interés interpretativo. La contestación de dicho centro directivo entiende que la exención alcanza por igual a las acciones y a las participaciones sociales, fundamentándose precisamente en la interpretación del concepto genérico del término “valores”. Sin embargo,

estudios

y a pesar de ello, alguna Comunidad Autónoma (entre ellas Cataluña), no están aplicando dicha exención y siguen girando liquidaciones al tipo del 4 por ciento.

Para terminar este punto, únicamente añadir que una importante modificación de la ley en la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada, viene dada porque la transmisión de las participaciones sociales, aunque sea necesaria la intervención de fedatario público, *no precisan de su inscripción en el Registro Mercantil*, como hasta ahora.

Al hilo de estas cuestiones, se presenta la siguiente reflexión: si la transmisión de las acciones nominativas no son intervenidas por fedatario público o, en el supuesto de anotaciones en cuenta, la Administración tributaria puede tener mayores dificultades en el control de dichas transmisiones porque éstas ya no figuraban en las relaciones de transmisiones que los notarios y corredores de comercio están obligados a facilitar anualmente a la Administración.

Nosotros nos limitamos a exponer esta circunstancia, y cada uno puede, a partir de esta reflexión, sacar las deducciones que considere oportunas.

Pero tenemos que volver al tema de las *excepciones* en la transmisión de las acciones si están sujetas al impuesto de transmisiones patrimoniales, en los supuestos antes previstos, y que además son de aplicación las normas de valoración de este impuesto. No podemos exponer ahora toda la completa y extensa normativa de la gestión del impuesto, pero sí queremos llamar la atención, que en este supuesto sería aplicable la perversa disposición cuarta de la ley de tasas, que conviene recordar y que dispone que en las transmisiones onerosas con carácter intervivos de bienes y derechos, cuando el valor comprobado a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por ciento y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo.

En una palabra: entra en juego la presunción que establece dicha disposición, a efectos de la plusvalía o incremento patrimonial en el impuesto sobre la renta.

Sin embargo, cuando se trate de sociedades anónimas en las que sea preceptivo, bien mediante aportación, o bien mediante compra, el *informe del experto*, debemos tener muy presente que este informe elaborado por un experto independiente, nombrado por el Registro Mercantil, que en de-

estudios

finitiva es la Administración, es un elemento de indudable valor probatorio, porque no olvidemos que en Derecho tributario, la ley general tributaria, en su artículo 114 y siguientes, dispone que en los procedimientos tributarios *serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba* se contienen en el Código civil, y en la de enjuiciamiento civil con carácter general, salvo las especialidades que contiene la propia ley, y dado que estas leyes en nuestro Derecho no se contemplan el caso de la prueba plena ni limitación de prueba, es evidente que la valoración de un experto o técnico nombrado por la Administración en la adquisición de un inmueble por una sociedad anónima, tiene y debe tener el mismo valor probatorio que el informe del técnico que, en aplicación del artículo 52 de la ley general tributaria, designe la Administración para su valoración.

Es decir, para bien o para mal, el contribuyente tiene ahora, por el informe del experto o de los auditores de cuentas, en su caso, unas pruebas de las que antes carecía. Ya veremos su eficacia en el futuro inmediato.

Constitución de sociedades. Aportación no dineraria.

Antes de entrar en el análisis de las *repercusiones fiscales* que tiene la nueva legislación, en especial la necesidad del experto para la valoración de los bienes y derechos, vamos a referirnos muy brevemente a los impuestos que se devengan en la constitución o ampliación del capital de las sociedades.

Con independencia de los impuestos y arbitrios de carácter local, intervienen fundamentalmente tres impuestos: el I.V.A., el impuesto sobre la renta y el impuesto de transmisiones patrimoniales.

En cuanto al I.V.A., la aportación de un bien en la constitución o aumento de capital social de la sociedad, es una entrega de bienes y, por lo tanto, estará sujeto al I.V.A., siempre y cuando se realice por un sujeto pasivo de este impuesto; no, por supuesto, cuando se aporte por una persona física que no tenga la consideración de sujeto pasivo, es decir, por un particular. No obstante, cuando se aporta *todo el patrimonio empresarial*, es una operación no sujeta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 del reglamento.

Por lo que respecta al impuesto de transmisiones patrimoniales, tributa por la categoría específica de operaciones societarias al tipo del 1 por ciento del valor nominal. La novedad importante en la nueva regulación

estudios

de este impuesto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Texto refundido aprobado por Real Decreto-Ley 3.050/80, es que la base imponible coincidirá con el importe nominal del capital social, disposición que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1986, coincidiendo con la implantación del I.V.A.

Como se recordará, anteriormente la aportación de bienes y derechos a una sociedad constituía una transmisión, a efectos de este impuesto, y la Administración podía valorar los bienes o derechos aportados por los procedimientos establecidos, que en este momento no exponemos por razones evidentes.

Así pues, al *no ser susceptible de valoración* por la Administración, tampoco es de aplicación la perversa disposición adicional cuarta de la ley de tasas, y en este sentido es interesante traer a colación la instrucción tercera de la Circular 4/89, de 29 de diciembre, de la Dirección de Tributos, que aclara este punto.

Por consiguiente, la imposición indirecta en la constitución o aumento del capital social, con aportación de bienes no dinerarios, tiene una regulación muy sencilla, aunque tributa simbólicamente por el 1 por ciento del nominal, con la exención del I.V.A. en determinados supuestos, y sin posibilidad de comprobación de los valores aportados, consecuencia todo ello de las exigencias de las Directivas de la Comunidad Económica Europea que, como ya hemos indicado, tienen el criterio de la neutralidad en las operaciones societarias, operaciones que no deben generar impuesto alguno.

Nos queda por analizar el último impuesto, que es el impuesto sobre la renta, por las posibles diferencias o incrementos de valor que se ponen de manifiesto con motivo de la aportación de dichos bienes o derechos. En efecto, el artículo 20 de la ley de la renta, en su nueva regulación de la ley 48/85, de 27 de diciembre, establece que son incrementos o disminuciones patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél.

La *aportación de un bien a la sociedad* constituye una alteración patrimonial y, por consiguiente, puede generar un incremento de patrimonio sujeto a tributación por renta, si el valor de transmisión es superior al valor de adquisición. En el apartado D) del punto 8 de este artículo, se hace constar que, en las aportaciones no dinerarias a sociedades, el incremento o pérdida de capital se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados, y la cantidad mayor de las tres siguientes:

estudios

- 1.^a El valor nominal de la aportación.
- 2.^a El valor de cotización en Bolsa de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o la inmediata a su anterior, y
- 3.^a La valoración del bien aportado según los criterios establecidos en las normas del impuesto extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas.

Se sigue, por consiguiente, el mismo criterio en este punto, que el impuesto de transmisiones que ya hemos comentado en el sentido de que los bienes que se aportan a una sociedad no son susceptibles de valoración, ni para el impuesto de transmisiones, ni para el impuesto sobre la renta, a efectos de determinar el posible incremento o plusvalía patrimonial.

Es claro que este tema de los incrementos patrimoniales es muy complejo, que podría ser objeto de otra ponencia, pero es claro que en este momento no es posible extendernos sobre este interesante tema. Únicamente hemos querido exponer las líneas maestras o fundamentales de esta figura tributaria por considerarlo del máximo interés.

Ustedes habrán tenido ocasión de analizar estos días la importante novedad de la ley, que exige informe de un experto independiente nombrado por el Registro Mercantil, en la aportación de bienes no dinerarios, y en la compra de bienes por sociedades dentro de los dos primeros años y que superen el 10 por ciento del importe de la cifra de su capital social, y lógicamente no vamos a entrar otra vez a repetir estas complejas cuestiones, pero sí analizar muy brevemente las *repercusiones fiscales* que pueda tener el informe del experto.

Como antes hemos indicado en el tema de las transmisiones de acciones o valores, este informe, a nuestro entender, tiene que constituir una prueba más; es algo de lo que dispone el contribuyente que antes no tenía. Igual ocurre con los informes de los censores de cuentas, que puede utilizar como prueba en cualquier procedimiento judicial conforme a las normas indicadas de la ley general tributaria en relación con la ley de enjuiciamiento civil y Código civil.

El informe del experto, con independencia de este carácter general, no tiene ninguna incidencia directa en los impuestos que se generan. Estas operaciones societarias y el informe, no será aplicable para incrementar la base imponible del I.V.A., si lo hubiere, o del impuesto de transmisiones, o del valor de enajenación a efectos de un posible incremento de patrimonio en el impuesto sobre la renta.

estudios

Pero sí existe una norma o disposición que puede crear serios problemas con la aportación de bienes no dinerarios. Me refiero al apartado último del artículo 133 del reglamento mercantil, que establece que el registrador *denegará la inscripción* cuando el valor escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un 20 por ciento. La misma regla será de aplicación en los casos de transformación, fusión y escisión cuando se requiera la emisión de informe por parte del experto independiente.

Si el registrador deniega la inscripción, se plantea la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre con el impuesto que se ha pagado? ¿Existirá la posibilidad de pedir la devolución de la cantidad pagada, por la imposibilidad de perfeccionar el negocio jurídico? Evidentemente, son estas cuestiones muy interesantes, pero bajo mi punto de vista particular yo no me arriesgaría a sufrir este problema, que se puede evitar si se constituye la sociedad cuando se tenga ya el informe del experto.

Por ello, cuando se efectúe una operación societaria con aportación de bienes no dinerarios, que requiera el informe del experto, debemos empezar por solicitar el nombramiento del mismo al Registro Mercantil, y cuando tengamos el informe, proceder a la operación societaria en función de esa valoración.

Creo que aquí entra en juego el pacto habido entre las partes, y esto puede ser un foco de problemas que dejamos planteados y sobre los que ustedes tienen materia de reflexión.

Disposiciones transitorias octava y novena.

Este es quizá el punto de mayor interés, y también al mismo tiempo de mayor dificultad en su interpretación. Contiene una exención general de impuestos para los actos y documentos necesarios para la adaptación de los estatutos de las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley a las disposiciones de la misma, y en la necesidad de la venta de la autocartera. Pero para su mejor análisis tendremos que estudiar primeramente el contenido de las disposiciones transitorias que regula esta cuestión.

Del contenido de estas disposiciones, podemos trazar un pequeño esquema de funcionamiento o resumen de las obligaciones y consecuencias de la adaptación:

estudios

Antes del 30 de junio de 1992.

Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones, deberán de adaptar sus estatutos o su escritura social a lo dispuesto en esta ley.

- Las sociedades anónimas y comanditarias por acciones que tengan un capital inferior a 10.000.000 de pesetas, deberán aumentar su capital hasta 10.000.000 de pesetas, o transformarse.
- Las sociedades limitadas que tengan un capital inferior a 500.000 pesetas, deberán aumentar su capital hasta esta cifra también, o transformarse.
- Se deberá de adaptar la escritura de las sociedades para que los administradores que venían ejerciendo el cargo por período superior a los cinco años, se acomode a lo dispuesto en esta ley.
- Las sociedades anónimas laborales constituidas con anterioridad a la ley 15/87, de abril, cuyo capital social sea inferior a 4.000.000 de pesetas, gozarán de un plazo de 4 años para aumentar su capital social hasta esta cifra, y las que hayan efectuado la adaptación dispondrán de un plazo que expirará el 31 de diciembre de 1996, para aumentar su capital social hasta la cifra de 10.000.000 de pesetas.

Incumplimiento de estas obligaciones.

Será sancionado con una multa de 500.000 pesetas para el supuesto de no presentación del acuerdo de reelección o cese de los administradores, y de 5.000.000 de pesetas para el caso de no adaptación de sus estatutos o escritura social a lo dispuesto en la ley.

- Además, transcurridos los plazos sin haber presentado la escritura de adaptación de los estatutos, los administradores y, en su caso, los liquidadores, responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.
- Además, no será inscrita ninguna escritura de aquellas sociedades que, habiendo transcurrido la fecha antes indicada, no hubieran presentado su escritura de adaptación.

estudios

- Además, si se alcanza la fecha de 31 de diciembre de 1995, las sociedades quedarán disueltas por disposición legal, subsistiendo la responsabilidad personal y solidaria de los gerentes, directores, administradores y liquidadores.

Por su parte, la disposición transitoria novena dispone que las acciones propias o de la sociedad dominante, poseídas por la sociedad en el momento de entrar en vigor la presente ley, habrán de ser enajenadas en el plazo de un año.

El Texto refundido de la ley de sociedades anónimas regula la autocartera en sus artículos 34 y siguientes, reseñando muy brevemente aquí que a las sociedades les ha sido prohibido la suscripción de las propias acciones o de la sociedad dominante, salvo en determinados supuestos de suscripción, que se regulan en el artículo 75, exigiéndose que la adquisición haya sido autorizada por la Junta general, que en ningún caso supere el 10 por ciento del capital social, y la adquisición permita a la sociedad dotar las reservas legales, y que las acciones se hallen íntegramente desembolsadas.

Esfuerzo y opciones.

Bien, éste es, muy brevemente, el cuadro de obligaciones y consecuencias impuestas a las sociedades por la nueva normativa, y que indudablemente va a suponer un evidente esfuerzo a las sociedades y a sus administradores, especialmente a las sociedades anónimas, que deberán optar por una de estas tres soluciones: o adaptar sus estatutos y capital social a la nueva normativa, transformarse en limitadas o colectivas, o proceder a su disolución y liquidación.

Disposición transitoria octava.

Dispone que los actos y documentos legalmente necesarios para que las sociedades constituidas con arreglo a la legislación anterior, puedan dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley, dentro de los plazos señalados en estas disposiciones transitorias, quedarán exentos de tributos y exacciones de todas clases. La misma exención se aplicará a los actos y documentos legalmente necesarios para que sean inscritos en el Registro Mercantil, añadiendo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Jus-

estudios

ticia, fijará una reducción en los derechos de los notarios y registradores mercantiles.

Bien, ahora se presenta la siguiente cuestión: ¿Y cuáles son los actos y documentos legalmente necesarios para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley?

Nos referiremos, por separado, al contenido de la disposición octava y novena, es decir, a las escrituras de adaptación y los estatutos y negocios de la venta de autocartera.

Escrituras de adaptación.

Entendemos que en este supuesto únicamente las escrituras de adaptación de los estatutos y aumentos del capital social a las normas fijadas en esta ley, son las únicas que quedarían exentas por el impuesto de transmisiones patrimoniales.

De una interpretación lógica, parece que únicamente estos actos son los únicos que quedarán exentos, y nunca quedarán exentos las escrituras de liquidación de la sociedad, porque la escritura de liquidación no es necesaria, sino que es una opción que puede interesar más a los socios, pero repito que no es necesario liquidar aunque sea más conveniente, y lo único necesario es la adaptación a la nueva normativa. Es decir, la ley impone como acto necesario la adaptación, pero no la liquidación. La liquidación es una opción que puede ser o no interesante, pero no necesaria, y por eso la liquidación jamás quedará exenta.

Desde luego, la redacción de la disposición transitoria octava no es satisfactoria, ni mucho menos, y a nuestro juicio nos parece dos reflexiones:

Se nota que no ha sido redactado por el legislador tributario, sino por el legislador mercantil. Parece que la expresión “los actos y documentos” dejan muy satisfechos al legislador mercantil, es decir, al grupo de profesores que han intervenido en la Comisión de Codificación, pero que desconocen el alcance de esta expresión. Al legislador mercantil eso de los “actos y documentos” le debe sonar muy bien, y estos redactores pensaron que no había más problemas que el impuesto de transmisiones; evidentemente desconocían el complejo mecanismo del sistema tributario, por cuanto que una aportación o una transmisión, además del impuesto de transmisiones, genera también otros impuestos, como son las plusvalías en renta o rendimientos atípicos en sociedades, etc.

En segundo lugar, el legislador, en este caso mercantil, no ha sido

estudios

generoso con las exenciones, como en otras ocasiones, en el que se ha concretado y especificado el alcance de la exención, cuando ha habido una necesidad de adaptación o cuando se ha establecido una regularización fiscal, actualización de valor, etc., es decir, parece que lo único que queda exento es el impuesto de actos jurídicos documentados, pero hay otra realidad: ¿Qué pasa con las plusvalías que se pongan de manifiesto como activo de esa necesaria adaptación del capital social por aportación de los socios? ¿Son estos actos de aumento de capital social actos necesarios y, por lo tanto, exentos del impuesto?

Parece que no, porque se trata de actos de los socios, pero nunca de la sociedad. De todos modos, tenemos que ver el reglamento de la ley, cuando se publique, si estas exenciones se restringen únicamente el ámbito de la sociedad, o también pueden ser extendidos al ámbito personal de los socios. Esta es una cuestión clave, y que en este momento es muy dudosa, y todo indica que no quedarán exentas las plusvalías de los socios.

Evidentemente, el legislador en este caso no ha sido generoso, y es la primera vez que redacta esta exención con esta sobriedad, cuando se trata de una adaptación de una situación a una nueva legislación, o a una regularización fiscal un incremento de valor, etc.

Y así podemos citar, por ejemplo, la ley de entidades de crédito de 26/1988, de 19 de julio, en la que se decía exactamente lo mismo y a continuación añadía que estaban exentos las plusvalías que se produzcan como consecuencia de la enajenación de las acciones. La ley 50/77, de medidas urgentes de reforma fiscal, en su artículo 31, al tratar este tema de las exenciones fiscales, hacía constar que quedaban exentas de cualquier impuesto, gravámenes y responsabilidades de todo orden frente a la Administración, añadiendo más adelante como aclaración que la exención comprendía todos los impuestos directos e indirectos cuyo ingreso en Hacienda fuera debido por la empresa que regulariza su balance, etc.

Por su parte, la disposición transitoria novena, que obliga a la venta de la autocartera, plantea los mismos problemas: en particular, ¿están exentas las plusvalías o beneficios que se originen como consecuencia de la venta de las acciones a que me obliga esta ley? ¿Se puede interpretar que es esto un acto necesario? Todo parece indicar que sí, que en efecto, si la ley impone la obligación de vender acciones, es un acto necesario y, por consiguiente, deben quedar exentos.

Indudablemente, dada la redacción de estas disposiciones transitorias, parece que el legislador no ha entendido los problemas que puede originar en la sociedad y en los socios estas operaciones de adaptación, y por este motivo se están ocasionando dudas. Hubiera sido de desear que en la

estudios

Comisión de Codificación, hubieran intervenido en su redacción expertos tributarios, para concretar y matizar el alcance de estas exenciones.

La falta de generosidad es la nota más destacada, en contraste con otras disposiciones de nuestro país, de carácter tributario, que en otros países en concreto en el Derecho italiano del año 77, cuando tuvieron que adaptarse a estas normas, fueron más generosos que el legislador español, porque se concedieron exenciones en las plusvalías, siempre que la ampliación se produjera con cargo a las reservas y las acciones fuesen enteramente liberadas y el socio las mantuviese en su propia cartera durante, al menos, tres años.

Parece que se ha perdido una oportunidad de dar salida a las reservas para convertirlas en capital, pero naturalmente éste es otro tema, que aunque a nuestro entender de una importancia capital, no entraremos a conocer.

