

«Informe sobre tratamiento fiscal de los incrementos patrimoniales producidos en inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico de las Mutuas»

SUMARIO: I. EXPOSICION DE LA SITUACION JURIDICA.—II. IMPUESTO SOBRE LAS SOCIEDADES: 1. EXENCIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO SEGÚN LA LEY DE ADECUACIÓN: 1.1. *Comunicación previa al Ministerio de Hacienda.* 1.2. *Exención de las Mutuas transmitentes. Los incrementos de patrimonio que se excluyan de la base imponible.* 1.3. *Exención de la entidad adquirente:* 1.3.1. Previa obtención de rentas derivadas de los elementos patrimoniales de la Mutua. 1.3.2. La exención no vinculada a la obtención de rentas.—2. POSIBILIDAD DE ENJUICIAR LA FUSIÓN DE DOS MUTUALIDADES EN UNA NUEVA COMO INCREMENTO PATRIMONIAL A TÍTULO GRATUITO. 3. CRITERIOS OFICIALES Y LEGALES OPUESTOS A LAS REVALORIZACIONES CONTABLES. 4. LA NO TRIBUTACIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO DESDE UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL.—III. IMPUESTO DE OPERACIONES SOCIETARIAS.—IV. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.—V. CONCLUSIONES.

I. EXPOSICION DE LA SITUACION JURIDICA

Los procesos de fusión de las personas jurídicas, en cuanto exigen la aprobación de un balance de las entidades que se unen, conllevan la necesaria afluencia de incrementos puramente contables si los bienes pertenecientes a las sociedades fusionadas se adquirieron en fecha remota como consecuencia del envilecimiento del valor de la moneda.

La Ley de Adecuación a las Directivas y Reglamento de la Comunidad Económica Europea establece un régimen de neutralidad tributaria para los

negocios jurídicos que provocan la concentración de capitales. Se siguen así las pautas de la Comunidad, que desde hace bastantes años viene incentivando la reestructuración empresarial y la concentración de capitales.

La Ley de Adecuación ha reformado determinados preceptos de la legislación reguladora del Impuesto de Sociedades. Fundamentalmente toda la materia referente a las consecuencias fiscales de las operaciones de fusión, escisión, canje de valores y aportación no dineraria de ramas de actividad.

Para que la sociedad fusionada resulte invulnerable (fiscalmente hablando) frente a los incrementos de patrimonio derivados de la fusión, es preciso relacionar hermenéuticamente dos preceptos básicos de la Ley de Adecuación.

Son los artículos 4 y 16. El último de ellos, que obliga a comunicar al Ministerio de Hacienda, con carácter previo, la realización de *la fusión* como premisa temporal para disfrutar de las *exenciones fiscales*, interpretado en profundidad permite incluir a la entidad fusionada entre los beneficiarios de la exención.

El segundo aconseja realizar una determinada política de arrendamientos parciales para evitar que la Inspección de Hacienda pueda poner trabas a la desgravación fiscal.

El patrimonio de la entidad, como consecuencia de la fusión preparatoria, trasluce un importante incremento contable no especulativo, cuya tributación por el Impuesto de Sociedades sería preocupante dada la magnitud de la plusvalía operada. En este dictamen esgrimimos los argumentos precisos para enervar las posibles pretensiones recaudadoras de la Hacienda Pública:

Partimos de la situación contable en agosto de 1993, habida cuenta de que no se han aprovechado las varias posibilidades exoneradoras que ha brindado nuestro derecho positivo en los últimos años.

Porque lo cierto es que no se ha realizado completamente la revalorización de activos que han permitido las diversas leyes de presupuestos, propiciadoras de la **regularización** de balances y que hubiera obviado la preocupación actual.

Pero tampoco se acudió oportunamente a la posibilidad de realizar la fusión con un coste mínimo y simbólico de un 1 por 100 del incremento patrimonial en la forma que estableció la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, propiciadora de las fusiones de empresas y de todo procedimiento que propugnase la concentración de empresas. Para disfrutar de esta tributación benevolente hubiera sido preciso solicitar del Ministerio de Hacienda el acogimiento a dicho régimen (ahora derogado) dentro del primer semestre del año 1992, cosa que no se hizo, y, por tanto, ha caducado dicha posibilidad.

Vamos, pues, a indagar las posibilidades de éxito que nos quedan dentro de las coordenadas fiscales en las que nos movemos.

II. IMPUESTO SOBRE LAS SOCIEDADES

1. EXENCIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO SEGÚN LA LEY DE ADECUACIÓN

1.1. *La comunicación al Ministerio de Hacienda*

El artículo 16 de la Ley de Adecuación impone un requisito previo para que las entidades puedan disfrutar de la exención: comunicar al Ministerio, con carácter previo, la realización de las operaciones beneficiadas (la fusión, la escisión...).

Aunque el precepto parece claro, es preciso indagar su verdadero alcance, que aparece agazapado tras las palabras. Es preciso buscar el escondido significado profundo.

Una lectura superficial de la norma pudiera sugerir la necesidad de que la notificación al Ministerio preceda a la fusión o a las otras operaciones societarias: la comunicación previa a la escisión, por ejemplo.

Este entendimiento constituiría un espejismo. No hay que olvidar que la Ley de Adecuación se promulgó para armonizar nuestra legislación a la europea: Y en Europa se **incentivan** sin paliativos todos los procesos de concentración de empresas.

Hay que comunicar con carácter previo. ¿Previo a qué? La norma no dice: con carácter previo *a la realización* de las operaciones. Se trata de una cuestión de matiz. Si la comunicación hubiese de preceder *a* la fusión, habría que notificar al Departamento antes de iniciar los procesos societarios.

Pero la regla que comentamos sigue otras sendas conceptuales. Exige comunicar *la realización* de las operaciones societarias. Pero una fusión, por ejemplo, no está *realizada* totalmente sino cuando finaliza un complejo proceso que engloba varios actos sucesivos: los acuerdos favorables de las Juntas Generales de las sociedades implicadas en la unión; la inscripción de la nueva entidad en el Registro Mercantil o en el Registro Administrativo pertinente, y la subsiguiente cancelación de los folios registrales de las personas jurídicas fusionadas en el caso de fusión por unión. Y desde un enfoque económico, será preciso que se haya operado la transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades fusionadas hacia el nuevo ente creado. Cuando se hayan completado todas estas mutaciones jurídicas y económicas será cuando estará realmente *realizada* la operación societaria.

Comunicar con anticipación *a* la realización de la fusión sería notificar un mero proyecto, como recabando el beneplácito de la Administración. Algo así como convertir la comunicación en una solicitud de autorización, lo que conculcaría formalmente la permisividad europea, a la que es forzoso que se **adecue** la legislación española.

La referencia temporal debe tener un predicado más lógico. Si lo que se comunican son las operaciones *realizadas*, esta notificación debe *preceder* a algo, puesto que la expresión «con carácter previo» tiene un rotundo sabor cronológico.

Pues bien, la fusión ya *realizada* habrá que comunicarla *antes* del 31 de diciembre del año en que se perfeccione la operación societaria, porque en dicho día decembrino es cuando se devenga el Impuesto de Sociedades, que es el tributo que grava los incrementos de patrimonio aflorados en las fusiones societarias. Así, cuando las entidades implicadas en la fusión hagan la declaración por este Impuesto, en el ejercicio siguiente, incluirán en el sobre-declaración el justificante de haber realizado oportunamente la comunicación exigida. Así las cosas, el Fisco deberá reconocer la exención invocada por el contribuyente al haberse cumplido todos los requisitos exigidos.

Es cierto que si el proceso de fusión se hubiese finalizado en 1992, evidentemente la comunicación al Ministerio de Hacienda debería haberse realizado dicho año.

Pero en este supuesto, aunque la notificación devenga extemporánea convendrá hacerla en 1993 para exteriorizar una actitud colaborante con el Fisco y para *argüirla* al presentar la declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio de 1993. El retraso en la comunicación sólo podrá calificarse como infracción tributaria simple, pero no enervará el derecho a la exención.

La declaración del Impuesto de Sociedades, en su caso, incluirá el incremento patrimonial, pero la revalorización contable quedará neutralizada mediante el mecanismo del ajuste extracontable negativo en la base imponible, que compensará fiscalmente el incremento de patrimonio generado.

En definitiva, lo que propicia la Ley de Adecuación es el *diferimiento* de las plusvalías latentes no especulativas que se generan como consecuencia de operaciones de concentración y reestructuración de empresas.

* * *

En la Exposición de Motivos de la Ley de Adecuación se establece claramente que la ejecución de las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad y canje de valores *no origina carga tributaria alguna*.

Esto es lógico porque la Ley de Adecuación se promulgó para adaptar nuestra normativa tributaria a las normas emanadas de la Comunidad Económica Europea. A este respecto, la Directiva 90/434/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990 establece un régimen tributariamente aséptico para estas

operaciones. Y el Tratado de adhesión a las Comunidades Europeas *obliga* a que nuestra legislación fiscal establezca una regulación concorde con la de la CEE.

Esto trae como consecuencia que no se puede interpretar el artículo 16 de la Ley de Adecuación en el sentido de que se pierde el régimen tributario exonerador si la comunicación de la fusión al Ministerio de Hacienda se realiza fuera de las previsiones temporales marcadas por el legislador. Independientemente de que la referencia cronológica es discutible puesto que comunicar antes de la realización de la fusión constituye una actitud preparatoria y lo que de verdad se exige es que Hacienda tenga conocimiento de *la realización de las operaciones*, cuya efectividad no puede estimarse producida hasta que la fusión no está consumada. Pero aun aceptando a efectos **argumentales** que se hubiera podido cometer una infracción de notificación extemporánea, el retraso no puede servir, dentro del Derecho comunitario, para desvirtuar la exención, convirtiendo un acto exonerado en un acto sujeto, con toda la belicosidad tributaria que implica tener que pagar unos incrementos patrimoniales en el Impuesto sobre las Sociedades. A lo sumo y admitiendo una cierta elasticidad sancionadora, podría estimarse que las entidades interesadas habían retrasado el cumplimiento de la obligación de comunicar sus estrategias jurídicas a los órganos pertinentes del Ministerio de Hacienda, con lo cual podrían haber cometido una infracción tributaria simple, de las tipificadas en la Ley General Tributaria, pero nunca podrá, ortodoxamente, pretenderse que el incremento patrimonial no especulativo lucido en contabilidad deba tributar por el Impuesto de Sociedades, porque a esta tributación se opone no sólo la Directiva antes mencionada, sino toda una regulación congruente sobre la materia elaborada por la Comunidad Económica Europea de forma reiterada desde hace casi veinticinco años.

A este respecto resulta ilustrativo examinar la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 16 de enero de 1969 y remitida nuevamente al Consejo el 30 de abril de 1980. En dicha Directiva se establece (disposición primera) que cada Estado miembro *aplicará* a las fusiones... *las disposiciones* de los siguientes artículos.

Fundamental a nuestro respecto es el artículo 4.º, que contiene una norma prohibitiva y que vincula a todos los Estados miembros de la CEE; dice así: «En caso de fusión o de escisión los Estados miembros se *abstendrán* de deducir cualquier impuesto sobre las plusvalías generadas por los bienes aportados, es decir, sobre las sumas correspondientes a la diferencia entre el valor real de estos bienes y el valor con que figuran en el balance fiscal de la sociedad aportante», en la medida en que los bienes inmuebles por naturaleza se vinculen, desde el punto de vista contable, a los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria.

La norma prohibitiva es clara. Ningún Estado miembro (y entre ellos España) puede exigir ningún impuesto (y entre ellos el Impuesto de Sociedades) sobre los incrementos contables de los bienes aportados. Evidentemente, el legislador europeo tiene la vista puesta en los incrementos patrimoniales meramente contables, es decir, en los no especulativos, puesto que contiene una directa alusión al valor con que los bienes figuran en el balance fiscal de la sociedad aportante.

En el caso que nos ocupa se cumplen las exigencias establecidas por la legislación europea, ya que el edificio que ha experimentado un notable incremento patrimonial es un inmueble por naturaleza que se vincula de una forma definitiva y contable al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de la fusión.

Si el legislador español pretendiera hacer tributar el incremento patrimonial afluído en el proceso de fusión al actualizar el valor de los bienes aportados en el balance final de una de las sociedades fusionadas apoyado simplemente en el hecho de no haberse comunicado oportunamente el proyecto de fusión, estaría conculcando drásticamente la legislación europea, y su normativa y sus actitudes devendrían nulas por incongruencia con una normativa superior.

Si la comunicación exigida por el artículo 16 de nuestra Ley de Adecuación implicase un plazo preclusivo cuya inobservancia pudiera sancionarse por las autoridades fiscales españolas con la exacción del Impuesto de Sociedades, se estaría conculcando la normativa comunitaria, a la que también está obligado el Estado español, que debe *abstenerse* de exigir cualquier impuesto (entre ellos el de sociedades) por la realización de las indicadas operaciones societarias.

Europa (y congruentemente España) sólo debe exigir el Impuesto de Sociedades por los incrementos patrimoniales lucidos en contabilidad en los casos de fusión, exclusivamente en los dos casos siguientes que permite la legislación comunitaria:

- a) En el caso de fraude o evasión fiscal. La Directiva 90/434/CEE establece la presunción de que ha existido fraude o propósito de evasión fiscal si la operación no se realiza por motivos económicos válidos, como serían la reestructuración o racionalización de las actividades realizadas por las entidades implicadas en la operación.
- b) En el supuesto de que la fusión pretenda evitar la representación de los trabajadores.

El criterio favorable a las concentraciones de empresas ha sido una constante del Derecho europeo desde los inicios de la legislación comuni-

taria. De esta preocupación se hizo eco el mismo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (de 25 de marzo de 1957), que en su artículo 220 dispone que los Estados miembros asegurarán la posibilidad de fusión de sociedades.

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 23 de julio de 1990 declara que las fusiones entre sociedades no deben verse obstaculizadas por *restricciones*, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones *fiscales* de los Estados miembros.

1.2. *Exención de las Mutuas transmitentes. Los incrementos de patrimonio que se excluyen de la base imponible*

El artículo 3.º de la Ley de Adecuación contiene la definición pertinente a nuestro caso:

«Tendrán la consideración de incrementos o disminuciones de patrimonio en el Impuesto de Sociedades las variaciones de valor que se pongan de manifiesto en la entidad transmitente a causa de las transmisiones derivadas de las fusiones».

Al confeccionar el balance de la sociedad absorbida (previo a la fusión) se pondrá de manifiesto en el activo de esta entidad una variación en más en el valor de los inmuebles patrimoniales.

Pero no todos los incrementos de patrimonio provocados por las operaciones protegidas están gravados fiscalmente. El favor del legislador se proclama con rotundidad: «No se *integrarán* en la base imponible del Impuesto de Sociedades, los incrementos y disminuciones de patrimonio (aunque se hagan lucir en contabilidad) que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados» [art. 4.º, párrafo 1, apartado a)].

La base imponible del Impuesto de Sociedades se *integra* fundamentalmente de dos ingredientes: los rendimientos (ya provengan del capital o de la realización de las actividades empresariales societarias) y los incrementos de patrimonio. Por tanto, en principio, unos y otros han de tomarse en consideración, como sumandos imprescindibles, para cuantificar la base liquidable del Impuesto. Y sólo podrá prescindirse de esta *integración* si un precepto legal expresamente autoriza la desintegración.

Y esto es lo que ocurre con el artículo 4.º, letra a), párrafo 1.º, de la Ley

de Adecuación (que acabamos de transcribir), que permite no integrar en la base imponible determinados incrementos de patrimonio.

Esta normativa se amolda perfectamente a la fusión que nos ocupa. Una de las entidades fusionadas experimentó (aunque tan sólo contablemente) un incremento de patrimonio que se ha puesto de manifiesto como consecuencia de la aportación de todo su activo y su pasivo a la nueva Mutua-
lidad. Y como la fusionada es una entidad residente en territorio español y los edificios que la pertenecían son bienes también situados en territorio español, evidentemente la plusvalía vinculada a la operación de la fusión sería un incremento patrimonial que reúne todos los requisitos para gozar de la desgravación tributaria si no fuese por la incidencia del artículo 4.º, letra a), párrafo 3.º, de la también Ley de Adecuación, que minimiza la *desintegración* de la base imponible con una indebida involucración. Porque el artículo 4.º, letra a), párrafo 1.º, que permite excluir a determinados incrementos de patrimonio, tiene la vista puesta en las personas jurídicas transmitentes y, por el contrario, el párrafo 3.º de la letra a) del artículo 4.º (que restringe el favor fiscal a tan sólo ciertos incrementos patrimoniales) tiene la vista puesta en las entidades adquirentes. La redacción literal de este párrafo 3.º de la letra a) del artículo 4.º de la Ley de Adecuación es la siguiente:

«Cuando la entidad adquirente resida en territorio español, sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a aquellos elementos que contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades».

1.3. *Exención de la entidad adquirente*

El artículo 4.º, letra a), párrafo 3.º, de la Ley de Adecuación restringe el beneficio de la exoneración con respecto a las entidades adquirentes. Relacionando este precepto con el RD de 9 de octubre de 1992 regulador del patrimonio de la Seguridad Social, podemos ofrecer una doble argumentación que permita a la nueva entidad escoger la estrategia que le resulte más conveniente frente a una hipotética inspección de Hacienda. En primer término se ofrecen las consideraciones pertinentes para el supuesto de que la Mutua fusionante tenga arrendados algunos inmuebles (apartado 1.3.1 de este informe). Supletoriamente se brindan los argumentos oportunos esgrimibles en el supuesto de que la Mutua prefiera no tener arrendados ningunos bienes (apartado 1.3.2 de este informe).

1.3.1. Previa obtención de rentas derivadas de los elementos patrimoniales de la Mutua

El problema es que la exención generosa de este artículo 4.º aparece minimizada por el párrafo 3.º de la letra *a*) del propio artículo, según el cual cuando la entidad adquirente resida en el territorio español sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a aquellos elementos que contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades.

Este precepto parece afectar directamente a la Mutua por cuanto es una entidad que reside en territorio español y ha *adquirido* el patrimonio de las sociedades fusionadas. Aunque si tenemos en cuenta el precepto contradictorio que exime a las entidades **transmitentes**, parece que la antítesis desaparecería si el artículo 4.º se entendiese aplicable exclusivamente a las fusiones por absorción, en las que la sociedad fusionante percibe evidentemente un incremento patrimonial, pues en la fusión por unión no puede hablarse de variación de un patrimonio que no existía antes de la fusión.

Podría argumentarse frente a la Inspección de Hacienda que a la Mutua sólo le son aplicables las normas que exoneran a las Mutualidades fusionadas (que evidentemente han podido tener un incremento contable), pero no este párrafo 3.º de la letra *a*) del artículo 4.º Y podría sostenerse incluso ante las jurisdicciones económico-administrativa y contencioso-administrativa. No obstante, por puro juego intelectual, vamos a desentrañar el alcance de este artículo 4.º

¿Cuáles son los elementos que contribuyen a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades? Para dilucidarlo examinamos los diferentes componentes posibles de la renta de la entidad:

a) Rendimientos que pudieran obtenerse por el ejercicio de explotaciones económicas.

No encajan en el supuesto que nos ocupa. La explotación económica es un concepto dinámico. Implica la continuidad en el ejercicio económico de los bienes productivos de la persona jurídica. Y no tiene nada que ver con la enajenación de tales cosas y con los posibles incrementos de patrimonio derivados de esa venta. Para que la explotación genere rendimientos a favor del sujeto pasivo es preciso que sus ingredientes continúen en poder del mismo. Si los enajena ya no podrán producirle rendimientos.

b) Los derivados de su patrimonio cuando su uso se halla cedido.

Es el caso, por ejemplo, de un inmueble arrendado a tercero. Dicha finca constituirá un elemento que contribuye a la obtención de rentas (rendimientos procedentes del capital) que deberán tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades.

Si el edificio de la Mutua absorbida se alquila parcialmente a tercera persona, la renta procedente de la locación será un rendimiento que deberá tributar por el Impuesto sobre Sociedades. Por ello, como consecuencia de la fusión la Mutua (que asume el patrimonio de las Mutualidades fusionadas) será una entidad adquirente que reside en territorio español y tendrá derecho a que se excluya de la base imponible el incremento de patrimonio (desvelado en la contabilidad de las Mutualidades transferentes) derivado de ese elemento inmobiliario, que al estar arrendado contribuye a la obtención de rentas que anualmente deberán tributar por el Impuesto de Sociedades.

c) Los rendimientos sometidos a retención.

Normalmente son intereses derivados de colocaciones de capital, dividendos de acciones, rentas de títulos-valores... Estos rendimientos también habrán de tributar en su día por el Impuesto de Sociedades. Pero el posible incremento de patrimonio derivado de la enajenación de estos bienes no es objeto de nuestro estudio, porque lo que nos preocupa es el aumento del valor del edificio perteneciente a una de las Mutuas fusionadas.

1.3.2. La exención no vinculada a la obtención de rentas

Por fortuna para la nueva Mutua, pudiera defenderse que el requisito exigido por el artículo 4.º de la Ley de Adecuación no puede imponerse a las Mutuas patronales. Esta exoneración resulta de una interpretación conjunta de nuestro derecho positivo, ya que el artículo 4.º no constituye un precepto aislado, sino que debe armonizarse con otras normas imperativas afectantes a las Mutuas. Y si a éstas les afectan determinadas normas prohibitivas del derecho sustantivo, no puede una regla del derecho fiscal conculcar un régimen constrictor preestablecido.

Y esto es lo que ocurre con las Mutualidades. A este respecto resulta muy elocuente la disposición adicional primera del Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social. Según dicha disposición:

«El patrimonio histórico de las Mutuas, en el que hay que incluir evidentemente el edificio propiedad de la Mutua absorbi-

da... se halla *afectado estrictamente* al fin social de la entidad, sin que de su *dedicación* a los fines sociales de la Mutua puedan *derivarse rendimientos* e incrementos patrimoniales que, a su vez, constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social».

Una afección es un gravamen. Una especie de hipoteca tácita de una gran fuerza. Y si el patrimonio histórico se halla *afectado estrictamente* (es decir, de una forma directa, yusiva, fuertemente vinculativa) al fin social de la entidad, ello quiere decir que, si fuera preciso, podría disponerse de él *in extremis* para poder satisfacer las indemnizaciones que fueran procedentes por las enfermedades profesionales sobrevenidas o por los accidentes de trabajo, generadores de lesiones o incapacidades, en el caso de que el numerario procedente de las cuotas satisfechas resultara insuficiente para tales atenciones.

Existiendo este potencial derecho de realización, es por lo que se repudia el recurso a la explotación económica, ya que no quiere el legislador que estas Mutualidades persigan un fin de lucro, aunque se le enmascare con la obtención de rendimientos para cubrir los fines sociales.

Se prohíbe, pues, que estas Mutuas obtengan rendimientos o incrementos patrimoniales gravables tributariamente. Por lo que resulta imposible cumplir el requisito establecido en el artículo 4.º de la Ley de Adecuación.

Pero sabemos que la Ley de Adecuación, para otorgar el régimen de exenciones fiscales a las operaciones de fusión, exige una estrategia dual: *a)* que las sociedades fusionadas residan en territorio español y que los bienes del activo estén sitos también en él, y *b)* que los bienes generadores de los incrementos patrimoniales (reales o contables) generen rendimientos gravables por el Impuesto de Sociedades (art. 4 LA).

Esta duplicidad tributaria es exigible perfectamente a las sociedades mercantiles provistas de ánimo de lucro. Pero es inaplicable a las Mutuas patronales, cuyo régimen jurídico (como acabamos de ver) no se concilia con la explotación comercial del patrimonio histórico.

Por ello resulta que la normativa fiscal no puede aplicarse totalmente a las Mutuas patronales. A ellas sólo les puede afectar la parte de la normativa tributaria que no chirría al subsumirla en los cauces del derecho sustantivo. Es decir, que a las Mutuas sólo se les puede exigir la normativa de la Ley de Adecuación [art. 4.º, apartado *a)*, párrafo 1.º] que no se opone al estatuto jurídico de estas entidades. Como no se puede exigir a un establecimiento de beneficencia para otorgarle una exención en el ITP que genere rendimientos gravables fiscalmente, porque una tal exigencia repugnaría al objeto social de estas instituciones y devendría irrealizable.

2. POSIBILIDAD DE ENJUICIAR LA FUSIÓN DE DOS MUTUALIDADES EN UNA NUEVA COMO UN INCREMENTO PATRIMONIAL A TÍTULO GRATUITO

En un dictamen profesional se considera que es aplicable a la fusión de las Mutualidades patronales la disposición final cuarta de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones, según la cual «estarán exentos en el Impuesto sobre Sociedades los incrementos de patrimonio a título gratuito obtenidos por las entidades a que se refiere el artículo 5.º de la Ley 61/1987, de 27 de diciembre».

1.º Creo que las transmisiones patrimoniales provocadas por un proceso de fusión entre unas personas jurídicas nada tiene que ver con lo establecido en esta disposición final cuarta. Cuando se produce una fusión de dos entidades se provoca la transmisión en bloque del patrimonio de las sociedades fusionadas a favor del nuevo ente creado, como claramente establece el artículo 1.º de la Ley de Adecuación a las Directivas de las comunidades europeas.

Evidentemente hay una transmisión, pero esta transmisión no puede conceptuarse como gratuita, sino que se deriva de un negocio oneroso.

En las fusiones como en las constituciones de sociedades el patrimonio del nuevo ente creado surge en virtud de las aportaciones económicas de los socios (en el caso de constitución) o de las sociedades que se aglutinan (en el caso de la fusión). Pero la aportación no es un negocio lucrativo, sino que es un específico negocio jurídico oneroso por cuanto lo que se da no es expresión de un desprendimiento gratuito en beneficio de otro, sino que prevé la obtención de un equivalente económico que ha de recibirse de la otra parte contratante. Se da una cosa para recibir otra, como ocurre, por ejemplo, en el paradigmático contrato de compraventa, en el que se entrega una cosa para recibir un precio que se considera económicamente equivalente al valor de lo transmitido.

Lo que ocurre con los fenómenos o procesos societarios es que la **contraprestación** aparece diferida en el tiempo. Cuando una sociedad aporta a otra un patrimonio de veinte o de treinta millones de pesetas, lo que se recibe a cambio (normalmente lo reciben los accionistas de las entidades fusionadas) son, de momento, títulos-valores o acciones que evidentemente no tienen un valor físico equivalente a la estimación económica de las aportaciones. Unas acciones de veinte millones de pesetas son un papel que físicamente no representan ese valor de veinte millones de pesetas. **Como** objeto físico la acción tiene un valor muy inferior, en cuanto que es un papel más o menos solemne, al de la aportación que se ofrece como contravalor. Lo que pasa es que el título representativo de la actualidad de socio confiere unos derechos sociales a participar en los beneficios, en la gestión de la sociedad..., que sobrepasan la estimación económica del papel recibido.

Pero, sobre todo, la contraprestación se produce no con el ejercicio de los derechos de socio, que eso es un cariz fruicional similar al que puede representar el aprovechar los frutos de una finca adquirida, sino en el momento de la disolución de la sociedad. Con la creación del ente social surge un fenómeno de comunicación de bienes, en que las distintas aportaciones de los diferentes socios pasan a nutrir un fondo común o patrimonio adscrito al cumplimiento de las finalidades sociales. Y cuando la sociedad se extingue hay que restituir a los socios las aportaciones que en su día realizaron. Es en este momento venidero cuando de verdad se produce la contraprestación de la aportación realizada. Mientras la sociedad estuvo en funcionamiento lo que se obtuvieron fueron los frutos, lucros o ganancias de la gestión social. Pero la auténtica contrapartida de la aportación, no en cuanto a los frutos, sino con referencia al mismo capital productivo o fructífero, se genera precisamente en el momento de la disolución, cuando (después de satisfacer las deudas de la sociedad) hay que restituir a los socios las cuotas que les corresponden en el patrimonio de la sociedad y que son correlativas a las aportaciones que en su día realizaron.

Porque, hay que volver a insistir, el negocio de aportación es un negocio oneroso que no está presidido por el ánimo de liberalidad.

2.º Directamente se puede demostrar que las transmisiones inherentes a un proceso de fusión no constituyen un negocio gratuito.

La tributación de los actos gratuitos está contemplada en los artículos 1.º y 3.º de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones. Según el artículo 1.º, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. A su vez, el artículo 3.º establece que el hecho imponible está determinado por la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. También se incluye en el hecho imponible la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*.

El artículo 3.º finaliza estableciendo que los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito por personas jurídicas se someterán al Impuesto sobre Sociedades.

Por tanto, la sumisión de los tipos impositivos sobre las sociedades (o la exención purificadora) sólo podrán producirse si el negocio jurídico instrumentado puede conceptuarse como una herencia o como una donación.

a) Conceptuación como herencia o legado.

Es totalmente imposible. Para poder apreciar la existencia de una herencia, la situación jurídica provocada habría que enmarcarla o bien en la sucesión testamentaria o bien en la sucesión forzosa.

a') Como herencia testamentaria no es viable. Sólo son capaces de testamentificación las personas individuales, pues las sociales, **bien** sean de Derecho público o privado, carecen de tal capacidad y únicamente se les permite fijar en sus estatutos o cláusulas fundacionales el destino de los bienes en caso de disolución, según establece el artículo 39 del Código Civil, lo cual no es concederle la facultad de testar (CASTÁN en su obra *Derecho civil español común y foral*).

a'') Tampoco puede producirse una sucesión *ab intestato* de una entidad. Por las mismas razones aducidas por CASTÁN y porque las personas jurídicas no mueren, a diferencia de las personas físicas. Una entidad (por ejemplo, la Iglesia católica, cualquier Ayuntamiento o cualquier Estado pueden permanecer por los siglos de los siglos, y lo mismo pasa con las personas jurídicas de carácter mercantil o civil, que sólo desaparecen cuando se extinguen en virtud de un proceso de disolución, pero no son capaces de muerte física porque, entre otras cosas, carecen de existencia física, ya que no son otra cosa sino una ficción o creación del derecho).

Y aunque a efectos **argumentales** aceptáramos que una persona jurídica pudiera morir, lo cierto es que no tendría libertad para transmitir su patrimonio de la forma que **libérrimamente** deseara, pues las sociedades no disponen de la libertad de testar que caracteriza a los sujetos individuales.

Como hemos dicho reiteradamente en este escrito, el patrimonio de una persona jurídica está adscrito al cumplimiento de unas finalidades sociales, y cuando éstas se agotan y se disuelven las personas jurídicas los bienes no pueden ser distribuidos caprichosamente, sino que tienen que ser repartidos forzosamente entre los socios como actitud retributiva de las aportaciones que en su día realizaron dado el cariz innegablemente oneroso que tiene el contrato de sociedad.

Lo que estamos discutiendo es la imposibilidad de que una persona jurídica pueda transmitir *mortis causa* su patrimonio. Distinta es la situación como adquirente. Evidentemente, cualquier sociedad puede ser beneficiaria a título lucrativo, y a esto es a lo que se refiere el artículo 3.º de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones cuando contempla las adquisiciones gratuitas que pueden realizar los entes societarios, ya sea por vía *mortis causa*, ya sea por actos *inter vivos*. El único supuesto de incapacidad absoluta para adquirir por vía lucrativa es el contemplado en el artículo 745, número 2, del Código Civil, que declara incapaces para suceder en toda herencia o legado a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley.

3.º ¿Puede considerarse la transmisión del patrimonio por vía de fusión como un negocio jurídico a título gratuito en *inter vivos*?

Evidentemente, no. Por las siguientes razones:

- a) Porque el cariz oneroso del **contrato** al que tantas veces nos hemos referido y que obstaculiza el que pueda considerarse como negocio gratuito.
- b) Porque toda donación requiere un elemento intencional, el *animus donandi*. Este requisito no puede producirse en un negocio que reviste perfiles onerosos, y en ningún momento las Mutualidades que se fusionan han pretendido regalar nada a la nueva entidad que surgirá de la fusión.
- c) Porque todo donante, una vez consumada la donación, continúa con su propia personalidad. La única variación económica que se produce es que su patrimonio aparece disminuido en la cuantía de lo donado, ya que al enriquecimiento del donatario tiene que corresponderle el correlativo empobrecimiento del donante. Pero empobrecerse no es morir.

Sin embargo, en los procesos de fusión no subsiste la personalidad del pretendido donante, ya que, como bien puntualizan tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley de Adecuación, en los casos de fusión se produce la *disolución* sin liquidación de las entidades fusionadas. Es decir, que tales sociedades que se aglutinan en una nueva dejan de existir cara al futuro y se hace precisa la cancelación de sus inscripciones en los Registros Públicos correspondientes.

Por ello estimo que invocar esta exención resultaría ilusorio ante una beligerante acción inspectora, como creo haber demostrado en los párrafos precedentes.

3. CRITERIOS OFICIALES Y LEGALES OPUESTOS A LAS REVALORIZACIONES CONTABLES

La Dirección General de Tributos, en consulta de 14 de agosto de 1989, declara expresamente que las revalorizaciones voluntarias constituyen, conforme a nuestra legislación mercantil, una clara ilegalidad. Y en su argumentación va más allá de la propia perspectiva jurídica, señalando que, económicamente, las revalorizaciones voluntarias **atentan** al principio de la más elemental prudencia en la gestión económica de la empresa que proclamaba el artículo 39 del Código de Comercio en su redacción anterior.

Según la Dirección General de Tributos, se trata de una medida que

defrauda, más que garantiza, los intereses de terceros, ya que si bien las revalorizaciones voluntarias no resuelven los problemas reales de la empresa al enmascarar o limpiar del balance pérdidas, no obstante, al «sanearla» formalmente supone más bien un fraude a terceros y son un factor indiscutible de inseguridad jurídica. Además, añade que las normas contables también se oponen a las mismas. Así, el Plan General de Contabilidad de 1973, en su quinta parte («Criterios de valoración»), señalaba como norma general de valoración el precio de adquisición.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las Directivas de la CEE en materia de sociedades introduce diversas novedades:

- a) Da una nueva redacción a los artículos 25 a 49 del Código de Comercio. Y en concreto, el artículo 38 enumera los principios contables a que ha de ajustarse la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales, destacando el principio de prudencia y el precio de adquisición. El principio de prudencia valorativa no permite registrar contablemente otros beneficios que los realizados. Por tanto, los beneficios simplemente potenciales que surgen de las revalorizaciones, por diferencia entre el valor de realización o de mercado actual de un activo y su valor de adquisición, no pueden incorporarse al Balance.
- b) Articula una nueva Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), en cuyos artículos 195 y 196 se ratifica como regla de valoración de los elementos del activo inmovilizado y del activo circulante la del precio de adquisición o coste de producción.
- c) Da lugar a la promulgación de un nuevo Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre). Entre los principios contables aplicables obligatoriamente a la contabilidad de la empresa se citan el de prudencia y el de precio de adquisición.

El artículo 31 de la IV Directiva del Consejo de la CEE (número 78/660, de 25 de julio de 1978), que constituye la fuente fundamental de la Ley 19/1989, confirma el principio de prudencia, y en su artículo 32 proclama que la valoración de las partidas de las cuentas anuales se basará en el principio de precio de adquisición o coste de producción.

4. LA NO TRIBUTACIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO DESDE UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL

Los incrementos de patrimonio

En el Impuesto de Sociedades hay dos conceptos diferentes de estos incrementos. Uno, dinámico, y otro, estático o meramente contable. En principio, ambos pudieron predicarse o aplicarse a la fusión que ha dado nacimiento a la MAC, y pese a esta duplicidad creo que bajo ninguno de los significados debe tributar la MAC.

a) Aceptación dinámica

Según el artículo 15 de la LIS, son incrementos de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél.

Se amolda a esta definición, por ejemplo, la transmisión de un inmueble. Al enajenarlo se producirá una *alteración* en la composición del patrimonio, ya que en lugar del bien transmitido ingresará en el patrimonio del sujeto pasivo el dinero obtenido; si cuando el predio se compró sólo costó diez millones y ahora se vende por veinte, habrá un incremento patrimonial de diez millones porque se habrá producido una variación en más (diez millones) en el valor del patrimonio, puesta de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición: la venta genera subrogación pecuniaria en el lugar del objeto vendido.

¿Es subsumible en este concepto dinámico la fusión de Mutualidades que han dado lugar al nacimiento de la MAC? En mi opinión, no, y ello pese a la sugerencia que puede desprenderse de la normativa literal de la Ley de Adecuación.

Para que se produzcan alteraciones en la composición de un patrimonio es preciso que dicho patrimonio permanezca, que continúe después de la operación o negocio jurídico realizados. Pero en las fusiones que dan lugar al nacimiento de una nueva entidad esto no puede acontecer con respecto a las entidades fusionadas porque éstas se extinguen, se disuelven y dejan de existir. Y si se extinguen desaparecen de la vida jurídica y pierden su patrimonio, que pasa en bloque a la Mutualidad resultante de la fusión; por tanto, no puede haber alteración o cambio en la composición del patrimonio, porque ni continúa en el mundo jurídico la primitiva entidad ni, por ende, se conserva un patrimonio en el que reflejar, por subrogación, el cambio en *más* operado.

Esta nihilización del patrimonio de las Mutualidades fusionadas impide

que puedan detectarse incrementos o plusvalías gravables. Con la fusión no realizan ningún negocio especulativo que pueda traducirse en una ganancia. Lo cual, por otra parte, es lógico ya que los Montepíos y Mutualidades no pueden actuar con ánimo de lucro.

Lo asombroso es que tampoco puede aplicarse el concepto dinámico a la entidad nueva surgida de la fusión. Esta Mutualidad aglutinante surge por primera vez al mundo del Derecho y su patrimonio amalgamador es tan nuevo como ella misma. Luego en un patrimonio que se estructura como primero o inicial no cabe intuir ni variaciones ni alteraciones. Tales mutaciones podrán producirse en el futuro si se realizan bienes integrados en el patrimonio de la Mutua, pero no en el momento de conformarse tal patrimonio.

b) Aceptación contable

A ella se refiere el artículo 15 de la LIS según el cual:

«Se computarán como incrementos de patrimonio los que se pongan de manifiesto por simple anotación contable, salvo que una ley los declare expresamente exentos de tributación».

Este es el concepto de incremento de patrimonio que afecta más directamente al proceso de fusión de la MAC. No obstante, creemos que la Mutua puede sortear con éxito el peligro de la tributación por IS, como hemos demostrado al analizar el artículo 4.º de la Ley de Adecuación.

La Ley y el Reglamento del Impuesto sobre las Sociedades conceden a las Mutualidades y a los Montepíos una exención parcial que no comprende a los incrementos de patrimonio en cuanto integrantes de la renta del sujeto pasivo (art. 5 LIS).

III. IMPUESTO DE OPERACIONES SOCIETARIAS

La exención impositiva resulta avalada por estos argumentos:

- a) Por la resolución dictada, con respecto a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, por la Dirección General de Tributos en 12 de diciembre de 1986 invocando el artículo 48 **IA, a)**, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.
- b) Por el artículo 202 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según la redacción dada por la Ley 4/1990, conforme al cual las Mutuas de Accidentes de Trabajo y EP gozarán de exención tributaria absoluta en los términos establecidos para las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Si la exención de tributos es absoluta, ello significa que se extiende a todos los impuestos, incluido el de OS.

- c) La más explícita consagración de la exención se contiene en el artículo 48 IB del TR del ITP, según la modificación vigente desde el 1 de enero de 1992, en cuyo precepto se declaran exentas las operaciones de *fusión* y *escisión* a las que sea aplicable el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

IV. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

El artículo 15 de la Ley de Adecuación contiene una dogmática generosa:

«No se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de las operaciones enumeradas en el artículo 1.º (entre las que figuran las fusiones de varias entidades) cuando resulte aplicable a las mismas el régimen tributario establecido en el presente Título».

Ya hemos señalado que consideramos aplicable a la MAC este régimen privilegiado, según se desprende claramente de las reiteradas Directivas de la CEE.

V. CONCLUSIONES

A) La MAC deberá comunicar al Ministerio de Economía y Hacienda la realización de la fusión realizada antes del 31 de diciembre de 1993, que es cuando se devenga el Impuesto de Sociedades. Así, cuando en el año 1994 se presente la declaración del Impuesto sobre la Renta obtenida por la Mutualidad en 1993, se habrá cumplido la previsión legal de haber comunicado al Ministerio con carácter previo la realización de la fusión.

B) Apoyándose en el artículo 4.º, deberá sostenerse en su día, frente a la Inspección de Hacienda, que la fusión está exenta, con exención de doble cuño: a) Con respecto a las Mutuas fusionadas, porque lo proclama generosamente el artículo 4.º de la Ley de Adecuación para todo tipo de sociedades transmitentes (con el riesgo asumido de liberar de tributo espec-

taculares incrementos patrimoniales); b) Y con respecto a la MAC o entidad adquirente, porque la fusión por unión es incompatible con el concepto de incremento patrimonial, ya que éste requiere la preexistencia de un patrimonio anterior a las transmisiones y que sufra una alteración en la composición de su fondo jurídico como consecuencia del dinero (en más) que se subroga en el lugar de la cosa transmitida, en tanto que en la fusión por unión (subsiguiente a la disolución de las entidades que se fusionan) no existe un previo patrimonio anterior a la adquisición que pueda experimentar mutaciones, pues el primer patrimonio que la MAC tendrá será el que obtenga como resultado de la fusión, y que podrá, sí, provocar, si no ahora sí en el futuro, incrementos patrimoniales venideros.

Y desde el punto de vista positivo, por las consideraciones que hemos expuesto en los apartados 3.3.1 y 3.3.2 de este dictamen.

C) Es conveniente, para conseguir afianzar la exención de los incrementos patrimoniales, lucidos en contabilidad con motivo de la fusión, que los órganos de decisión de la MAC acuerden ceder en arrendamiento a terceros parte del edificio de la calle Robayna y de los otros inmuebles con el objeto de poder acogerse sin problemas a la exoneración tributaria. No se olvide que el artículo 4.º de la Ley de Adecuación exige que los elementos que han experimentado el incremento patrimonial sean susceptibles de producir rendimientos gravables, como ocurrirá, por ejemplo, si parte de las instalaciones o locales de la calle Robayna o de los otros edificios se arriendan a otras personas, ya que el artículo 4.º de la Ley de Adecuación no exige que tales elementos o bienes productores de renta estén en su totalidad adscritos a la generación de renta. En efecto, el artículo 4.º de la Ley de Adecuación se cohonestaría perfectamente con una explotación parcial de los elementos productores de rendimientos. El precepto alude literalmente a aquellos elementos que «contribuyan a la obtención de rentas» gravables. No exige que «generen» rentas imponibles, pues si así lo hiciera podría sugerir la idea de totalidad de explotación económica rentable. Pero si sólo se exige que «contribuyan» a la obtención de rentas, se está sugiriendo la posibilidad de una explotación parcial, porque contribuir implica participación variada a un resultado común.

D) Para conseguir la neutralidad tributaria la MAC debe seguir una doble técnica en el caso que no prosperasen las soluciones anteriores:

- a) No integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades que grava a las entidades transmitentes los incrementos de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.
- b) La MAC debe valorar los bienes recibidos a efectos fiscales por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que firmo en Granadilla a diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad