

TRIBUTACION

LA PRIMA DE EMISION DE ACCIONES

N.º 284

TRABAJO EFECTUADO POR:

JOSE SANCHEZ OLIVAN

Abogado
Inspector de Finanzas del Estado (excedente)

Sumario:

- I. Concepto.
- II. Naturaleza económica y jurídica.
 - 1. Ampliaciones reservadas a los antiguos accionistas.
 - 2. Ampliaciones que pretenden la incorporación de nuevos socios.
 - 3. Consecuencias en cada uno de los casos.

...

...

III. La diferencia entre el capital emitido y el patrimonio aportado en las fusiones de sociedades.

IV. Reservas de capital.

V. Consideraciones fiscales en torno a la prima de emisión.

1. Desde el punto de vista del aportante.

2. En la aportación, desde el punto de vista de la sociedad emisora.

3. En el caso de reparto.

VI. Los excesos de aportación sobre el capital nominal recibido, en las sociedades no anónimas.

TRIBUTACION	LA PRIMA DE EMISION DE ACCIONES	N.º 284
--------------------	--	----------------

I. CONCEPTO

El artículo 47 del TRSA, después de establecer que no podrán ser emitidas las acciones por una cifra inferior a su valor nominal, declara la licitud de las acciones con prima, que no es nada más que el importe sobre el valor nominal que pagan los suscriptores de acciones.

Las emisiones con prima sólo tienen justificación cuando una sociedad ha consolidado su situación económica acumulando reservas, aunque no habría nada que se opusiese, desde el punto de vista jurídico, a que las acciones que configuran el capital en el momento de la constitución se emitieran por un valor superior al nominal, lo que, en cualquier caso, sería, desde una óptica económica, inusual y poco prudente. Las emisiones sobre la par suelen acompañar a algunas ampliaciones de capital y con la prima se pretende, bien mantener la integridad patrimonial y el valor de la acción cuando, previa exclusión del derecho preferente de suscripción de los antiguos accionistas, quiere darse entrada a nuevos socios, o bien simplemente fortalecer las estructuras financieras de la sociedad cuando se mantiene el derecho preferente de aquéllos. No olvidemos cada una de estas dos posibilidades que se hallan en el origen de la prima de emisión, porque van a permitirme entrar en el fondo de su naturaleza económica y jurídica.

Después de lo dicho podría concretarse que la prima de emisión de acciones es un desembolso que deben realizar, por encima del valor nominal de los títulos, los suscriptores de acciones nuevas en determinados casos de ampliaciones de capital. Se trata, creo, de una simple modalidad del contrato de suscripción de acciones, entre cuyos elementos la prima forma parte de la aportación que el suscriptor realiza como contraprestación por la acción que se le adjudica. Es decir, que la emisión de acciones con prima se define dentro de un marco muy concreto, en el que destaca no sólo la puesta en circulación de los títulos a un tipo de emisión sobre su valor nominal, sino la existencia personalizada de unos suscriptores que aceptan llevar a cabo la aportación efectiva que la suscripción representa. En el único texto de nuestro ordenamiento jurídico en que se define la prima de emisión de acciones, que es el Plan General de Contabilidad (cuenta 110), se dice que es la «aportación realizada por los accionistas en el caso de emisión y colocación de acciones a precio superior a su valor nominal» y quiero destacar el carácter de aportación, personalizada en el accionista, que se da a la prima de emisión de acciones y que nos debe permitir distinguirla de otras aportaciones superiores en cuantía al capital nominal que se entrega.

II. NATURALEZA ECONOMICA Y JURIDICA

Recientemente FELIX VEGA PEREZ (1) resume la cuestión en los términos siguientes: «Partiendo de la idea de que la prima de las nuevas acciones venía a compensar un beneficio o fruto (también revalorización del activo) de los antiguos accionistas, que no había sido objeto de reparto, por puro espejismo se la consideró como un beneficio de la sociedad o como un beneficio del balance. Por otro lado, como la prima, desde el punto de vista del suscriptor de las nuevas acciones, consistía en una aportación de capital complementario del valor nominal de la acción, se la ha considerado como una aportación suplementaria de capital. Estas dos teorías, enfrentadas entre sí porque contemplaban la operación desde una sola perspectiva -de quien recibe o desembolsa su importe- dio lugar a una postura ecléctica, intermedia, en el sentido de que vista la prima, desde la óptica de la sociedad, es un beneficio, mientras que, desde el prisma del accionista, es una aportación complementaria de capital. Con el transcurso del tiempo las corrientes doctrinales se han decantado por la tesis de ver en las primas de emisión una aportación suplementaria de capital, criterio este en el que se mueve la mayor parte de la doctrina española (GARRIGUES y URÍA, GIRON TENA, ALONSO SOTO y SANCHEZ CALERO)». Criterio que tiene una expresión concreta en la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente, que en su artículo 11, y a efectos de eximir las del carácter de partida positiva para la determinación de la base imponible, establece que se considerarán aportaciones de capital realizadas por los socios las primas de emisión de acciones.

Sin embargo el carácter de las primas de emisión como capital aportado no se halla consolidado; para empezar tenemos que una vez desembolsadas las primas se las considera, casi sin oposición, reservas de la sociedad. Como la cuestión tiene evidentes connotaciones de índole fiscal antes o después ha de plantearse: si las primas de emisión tienen el carácter de capital aportado su distribución entre los socios debería considerarse como reembolso de dicho capital y por tanto no como dividendo. Hasta qué punto la Hacienda española quiera aceptar esta conclusión, que podría parecer evidente, está por ver; yo mismo tengo mis dudas al respecto y es que la idea de identificar las primas con aportaciones de capital la comparto sólo en parte. Para mí es importante distinguir aquellos casos en que la prima se exige en ampliaciones de capital reservadas a los antiguos accionistas, en las que su importe se desvincula totalmente de las reservas expresas o tácitas que la sociedad pueda tener acumuladas, de aquellas en las que se persigue dar entrada a nuevos socios; en este caso es imprescindible que la prima exigida sea equivalente al mayor valor de la sociedad en relación con el capital nominal.

1. Ampliaciones reservadas a los antiguos accionistas.

Por principio, no soy partidario de que una ampliación de capital reservada a los antiguos accionistas se haga con prima de emisión, ya que todo el importe del desembolso a realizar podría realizarse en concepto de capital sin que variase la situación económica del

(1) *Derecho de Sociedades Anónimas* - Estudios - Cívitas (1994) Tomo III, Volumen 1, págs. 437-438.

accionista aportante. Es cuestión de preferencias, aunque a mi modo de ver el socio tiene mejor garantizados sus derechos sobre una cuenta de capital, con la que se relaciona directamente a través de las acciones de que es titular, que sobre las reservas: el capital es de la sociedad pero también en parte del accionista; las reservas en cambio son de la sociedad y sólo indirectamente a través del título se atribuyen al accionista.

Hecha esta advertencia, se llega fácilmente a la conclusión de que detrás de las ampliaciones con prima a que ahora me refiero, está, la mayoría de las veces, la política de dividendos de las empresas; una menor cifra de capital justifica, aunque sólo sea aparentemente, un dividendo más recortado y en este sentido la sociedad emisora se compromete menos si minorra la cifra de capital que se amplía exigiendo parte del desembolso como prima de emisión; se pretende normalmente mantener determinado porcentaje de dividendo sin forzar la tesorería y no puede decirse que para las sociedades que cotizan en Bolsa no sea una razón digna de ser tenida en cuenta.

Pero lo que quiero destacar es que aun siendo una opción, las cantidades que se exigen como prima de emisión pudieron haberlo sido como capital, sin que de ello se derivase ningún perjuicio para los accionistas, sino más bien todo lo contrario. Yo diría que en estos casos la prima participa de la naturaleza del capital y de alguna forma debería serle reconocida esta condición.

La legislación holandesa y pienso que no será la única en Europa, admite que las aportaciones en una ampliación de capital se hagan exclusivamente en concepto de prima de emisión de acciones. Por supuesto que, desde un punto de vista económico, sólo tratándose de sociedades con un solo accionista, o cuando todos ellos aparecen integrados en un mismo grupo, cabe esta clase de operaciones, pero es un ejemplo en el que destaca al máximo esta identificación de la prima con la naturaleza del capital.

2. Ampliaciones que pretenden la incorporación de nuevos socios.

La prima de emisión de acciones nace precisamente en relación con estos supuestos y tiene por objeto que los accionistas que se incorporan en un momento determinado a la sociedad por el camino de la ampliación de capital, lo hagan sin perjudicar económicamente a los antiguos, ya que si toda la aportación se hiciera en concepto de capital pasarían automáticamente a ser titulares de una parte de las plusvalías acumuladas por la sociedad a lo largo de su actividad sin pagar por ellas precio alguno. La prima permite llevar a cabo la operación en condiciones de equidad, fijándose su importe en una parte proporcional del mayor valor que tenga la sociedad en relación con el capital social que la representa. De esta forma la posibilidad que en el caso anterior se ofrece a la sociedad emisora de elegir entre capital y prima no

cabe en el que ahora se contempla, por lo que la prima que se exija, al fijarse en función de las reservas expresas acumuladas y de las potenciales que puedan estimarse referidas al momento de la ampliación, participa de la naturaleza de esas mismas reservas, es decir, de los resultados de la sociedad.

A la entrada de nuevos socios en las condiciones a que acabo de referirme puede llegarse por distintos caminos:

- a) El primero sería el de la exclusión del derecho de suscripción preferente regulado en el artículo 159 del TRSA, que tiene como punto de apoyo legal el interés de la sociedad. De las restantes exigencias me interesa destacar el informe que deben elaborar los administradores justificando la propuesta y el tipo de emisión; un segundo informe será redactado por el auditor a que corresponda, sobre el valor real de las acciones y la exactitud de los datos del primero de estos informes. Como consecuencia de todo ello el valor nominal de las acciones a emitir más el importe de la prima de emisión debe corresponderse con el valor real que resulte del informe de los auditores. Como se ve se trata de todo un proceso destinado a garantizar el valor de la participación de cada accionista antiguo, después de la ampliación, en un importe equivalente al que tenía antes de la misma.
- b) Sin necesidad de sujetarse a las exigencias del artículo 159, los administradores podrían calcular el importe de la prima con arreglo a criterios estrictos, inspirados en el valor real de la sociedad y ofrecerlos a los antiguos accionistas. Como una operación proyectada en estas condiciones carece de alicientes y sobre ello debería tener suficientes garantías quienes la proponen, lo normal es que la ampliación no fuera suscrita por aquéllos en el tiempo establecido, en cuya previsión se habría prefijado qué personas suscribirían la ampliación o la parte no cubierta, a cuyo efecto habrían contraído un compromiso previo.

El hecho de que los antiguos accionistas puedan acudir a la ampliación no modifica las circunstancias del planteamiento, en el que no cabe la opción de que la prima pudiera ser aportada como capital, dato, para mí fundamental a la hora de incluir la prima de emisión en una u otra categoría.

- c) Aunque no esté prevista en la ley siempre cabe la renuncia expresa al derecho preferente de suscripción si es otorgada por todos los antiguos accionistas. La fórmula es especialmente útil cuando se trata de sociedades con pocos accionistas que aceptan previamente al nuevo socio y el importe de la prima de emisión, que se supone, porque si no no existiría el acuerdo, respeta el principio de equidad que inspira estas operaciones.

3. Consecuencias en cada uno de los casos.

Si las cosas pudieran ser realmente de la forma en que acabo de exponer, debería concluirse que la prima de emisión, en atención a las circunstancias de su origen, no tiene naturaleza única y a causa de ello habría que replantearse algunos de los conceptos generalmente aceptados que, posiblemente por estar arraigados con fuerza, va a ser difícil remover. Mi punto de vista particular sobre estas cuestiones es el siguiente:

- a) La prima de emisión cuando participa de la naturaleza del capital tiene carácter de aportación, tanto para el accionista como para la sociedad, mientras que cuando se establece para garantizar el equilibrio patrimonial, al darse entrada a nuevos socios, sigue siendo una mayor aportación para el accionista, pero no para la sociedad, en relación con la cual pasa a ser una modalidad concreta de sus reservas, que se distingue de las demás por su origen y sobre las que la sociedad tiene hoy una posibilidad de disposición sin trabas.
- b) La distinción que vengo proponiendo exigiría una adecuada denominación de las cuentas utilizadas para reflejar en contabilidad estas aportaciones en concepto de prima de emisión, distinguiendo según su procedencia. Una titulación suficientemente clara podría ser, para el primero de los supuestos a que vengo refiriéndome, la de *Reservas de capital*; al hablar de reservas se está expresando que no se trata de capital en su sentido jurídico y al referirlas a éste que, en cierto modo, participan de su naturaleza. Se trataría de una categoría económica y jurídica hasta ahora no contemplada, situada entre los conceptos clásicos de capital y reservas, a la que podrían adscribirse además de esta modalidad de la prima de emisión de acciones, otros dos conceptos de los que luego me ocupo.

La cuenta de *Prima de emisión de acciones*, podría seguir recogiendo las aportaciones correspondientes, en los casos en que la finalidad última de la ampliación sea dar entrada a nuevos accionistas. Nació probablemente con esta finalidad, es la modalidad que necesariamente la exige y una vez delimitado su alcance su naturaleza no se prestaría a confusión como hoy lo hace.

- c) La distinción entre la prima de emisión de acciones propiamente dicha y la prima como reserva de capital, tendría consecuencias especialmente significativas si se decidiera el reparto de las cantidades exigidas por los referidos conceptos: cuando se distribuyen las que he llamado reservas de capital entiendo que se están haciendo auténticos reembolsos de aportaciones, mientras que la distribución de la prima de emisión, en el sentido restringido que le asigno, sería un reparto de dividendo con cargo a reservas. Estas consideraciones, se darían al margen de la condición de la persona que recibe las cantidades distribuidas, es decir, que el reparto de la reserva de capital tendrá el carácter de reembolso de aportaciones incluso para quien se

hubiese incorporado como socio cuando dicha reserva ya existía y el de la prima de emisión sería dividido incluso para quien la hubiese aportado; hay que atender a la naturaleza de la aportación, no a las personas que la hicieron. En el caso concreto del nuevo socio, desde el momento en que aporta la prima se desvincula de ella, que pasa a incorporarse como reserva al patrimonio neto de la sociedad; si luego ésta se reparte no se le está devolviendo la prima que aportó, sino que participa con todos los socios en una distribución de reservas.

III. LA DIFERENCIA ENTRE EL CAPITAL EMITIDO Y EL PATRIMONIO APORTADO EN LAS FUSIONES DE SOCIEDADES

Contemplando esta diferencia desde el punto de vista de la sociedad emisora da la impresión de que se trata de una puesta en circulación de acciones con prima (razón que justifica el que me ocupe aquí de esta cuestión) precisamente por ser el capital emitido superior al neto patrimonial aportado. Esta tesis ha sido recogida oficialmente por los medios hacendísticos españoles, de lo que deja constancia la Resolución de la Dirección General de Tributos de 26 de marzo de 1976, que sostenía categóricamente que, cuando en virtud de la ecuación de canje acordada la sociedad absorbente adquiere un patrimonio cuyo valor es superior al nominal de las acciones que esta sociedad emite con motivo de la fusión, la diferencia resultante es una auténtica prima de emisión. De esta opinión queda abundante reflejo a través de la mayor parte de las Ordenes Ministeriales que han reconocido beneficios fiscales a distintos proyectos de fusión y en cuyas órdenes, de manera expresa, se recurre a la cuenta de prima de emisión de acciones como solución al problema estudiado. Esta es también la posición del TEAC en Resolución de 18 de noviembre de 1987 en la que se dice literalmente que «la diferencia es jurídica y técnicamente una prima de emisión de acciones», lo que se recalca añadiendo: «es decir, un desembolso que realizan los accionistas de la absorbida por encima del valor nominal de los títulos recibidos»; el error es de bulto porque si algo está claro es que la aportación no la realizan los accionistas. La regulación por el ICAC del régimen contable aplicable a las fusiones y escisiones, dada la situación actual del proyecto, tiene grandes posibilidades de ver consagrada la misma idea.

Con todos los respetos que tanta autoridad me merece, yo discrepo de este criterio por entender que la prima exige un compromiso de aportación de los accionistas según he razonado en el número I de este trabajo y esta relación personal entre socio y sociedad que debe concurrir para que pueda apreciarse la existencia de aquélla, no se da dentro de la complejidad de actos que las fusiones entrañan. Sólo liquidando de manera efectiva las sociedades que se disuelven y adjudicando patrimonios concretos a los accionistas, podrían éstos realizar ulteriores aportaciones para que pudiera apreciarse la existencia de prima de emisión. Pero nos consta que en la fusión las cosas no ocurren así. Los socios, aunque sean los que tomen las decisiones, una vez que los acuerdos son firmes, quedan al margen de la aportación de patri-

monios, que se realiza directamente entre las sociedades, limitándose aquéllos a percibir un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en las sociedades que se extinguen.

Esta idea de considerar la diferencia que nos ocupa como una prima de emisión no puede decirse que haya sido reconocida fuera de los ámbitos a que me he referido, aun cuando a través de ellos puede llegar a tener amplias repercusiones. En Francia y Gran Bretaña se habla, pienso que con mayor precisión, de prima de fusión, aun cuando tampoco creo que sea la solución más idónea. Yo he venido defendiendo que la diferencia que comento tiene su mejor reflejo en las propias cuentas de reserva de las sociedades que se extinguen en la fusión.

Esta conclusión puede no convencer a primera vista; así CUBILLO VALVERDE y FERNANDEZ PEÑA, autores con peso específico suficiente como para hacer valer sus opiniones (2), con referencia a la Regla 18.2 de la Instrucción de Regularización de 2 de febrero de 1974, decían: «se diría -y esto es muy curioso- que los redactores de la norma desconocen la esencia de la fusión. La sociedad absorbente absorbe un patrimonio, el patrimonio de la absorbida, constituido por activo y pasivo, por derechos y obligaciones, pero nada más. No absorbe reservas, ni previsión para inversiones, ni pérdidas o beneficios de la sociedad absorbida. Todos estos conceptos tienen su razón de ser en esta última sociedad y como partida que establecen en términos contables su estructura financiera. Pero, repetimos, esta estructura desaparece por el hecho de la fusión, y la sociedad absorbente lo que absorbe es un patrimonio activo y un patrimonio pasivo y, por diferencia, un neto patrimonial.»

No estoy de acuerdo con este planteamiento, ya que si con motivo de la fusión se desmonta la estructura financiera de la sociedad absorbida (capital y reservas) y presentamos a sus accionistas ante la sociedad absorbente, como titulares de un patrimonio neto (activo, menos pasivo), creo que se está considerando la atribución a los socios de dicho patrimonio en un paso intermedio para su transmisión, como antes razonaba. El principio de sucesión universal de la sociedad absorbente justifica no sólo la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones con contenido concreto, sino también las cuentas representativas del neto patrimonial, a cada una de las cuales puede asignarse un contenido económico concreto. Si dichas cuentas se sustituyeran concretamente por una de prima de emisión, se produciría una modificación en algunos de los derechos y obligaciones que de aquéllas se derivan, lo que, quiérase o no, atenta directamente contra el principio de sucesión universal.

En mi opinión, la transmisión de las cuentas de reserva de las sociedades que se disuelvan no sólo completa la sucesión a título universal del patrimonio, sino que además favorece la representación contable de la incorporación del mismo a la sociedad beneficiaria de la aportación, ya que si se admite el principio de continuidad de empresas, y cada vez son

(2) *Regularización de balances*. Disposiciones legales. Comentarios, págs. 193 y 194.

más firmes los pronunciamientos a su favor, nada más lógico que sea el último balance de la sociedad que se extingue el que se plasme en el asiento de incorporación, salvo, naturalmente, la cuenta de capital, que se compensará, con cargo a la de accionistas por el importe nominal de las acciones que se atribuyan a los de la sociedad de que se trate.

En seguida se advierte que el sistema sólo funciona a la perfección cuando el capital nominal que se entrega coincide exactamente con el capital que tenía la sociedad disuelta, a cuyos socios se destina. Sin embargo, no es ésta una condición imprescindible para que la fusión pueda llevarse a efecto. Los pactos se limitan a fijar qué capital ha de ampliarse para la distribución ulterior de las acciones entre los accionistas de las sociedades disueltas, pero la cifra de ese capital no viene condicionada por la de los que antes tenían estas sociedades. Está claro, por tanto, que si las cifras no coinciden, la diferencia entre el neto patrimonial recibido y el capital emitido no coincidirá con las cuentas de reserva tampoco y, sin embargo, de ello no debe deducirse la quiebra del principio que defiende. Cuando la cifra de capital ampliado sea distinta, lo que se está produciendo no es nada más que una transformación de reservas en capital cuando el que se amplía es superior, o de capital en reservas en caso contrario. Si se admite el criterio de que también las cuentas de reserva deben transmitirse en la fusión, del estado de los balances finales de las sociedades disueltas y su comparación con los asientos de incorporación contable en la absorbente se deducirá fácilmente cuáles han sido las reservas que desaparecen o se crean, extremos sobre los que, en definitiva, los negociadores de la fusión habrán tenido que decidir.

El que estas ideas puedan, antes o después, llegar a tener una repercusión en la práctica societaria pasa por su aceptación general y reconocimiento legal, ya que sería preciso, de un lado, la autorización para disponer, en su caso, de las reservas de que se trate y de otro el establecimiento de un orden de prelación para su disposición. No es que hoy no pudiera hacerse pero habría que asumir las consecuencias, probablemente no graves, que en el orden fiscal entrañase una aplicación de reservas no contemplada por la normativa vigente. Conviene tener en cuenta, en cualquier caso, que nuestras leyes han entrevisto el problema, aunque no puede decirse que se haya abordado abiertamente; hay algún ejemplo de posibles autorizaciones excepcionales para disponer de determinadas cuentas en caso de fusión, aunque sólo se han establecido hasta el presente momento en relación con la cuenta de Regularización del Decreto-Ley 12/1973; con la cuenta de Regularización, Ley 50/1977; y la de Actualización Ley de Presupuestos de 1983.

Cuando el nominal entregado a los accionistas de las sociedades disueltas es inferior a aquel que antes eran titulares, en el proceso de fusión se habría producido la transformación de capital en reservas; ahora bien la reserva así generada debe conservar de alguna forma las peculiaridades correspondientes al concepto de que procede, el capital, por lo que debería integrarse también en la categoría de reservas de capital, de las que con carácter general y para ampliar el ámbito de su aplicación me ocupo a continuación.

Quiero antes dejar constancia de que las ideas que preceden son de aplicación también a las operaciones de escisión de sociedades, aunque aquí la atribución de reservas reviste características especiales por la dispersión del patrimonio que se produce. Estas cuestiones las he estudiado en el lugar correspondiente de mi libro LA FUSION DE SOCIEDADES y aquí no es oportuno entretenerse en ello, sobre todo porque los conceptos esenciales no cambian y lo dicho para las fusiones vale, en lo fundamental, para las escisiones.

IV. RESERVAS DE CAPITAL

Se trata de una categoría, que a mi no me consta haya sido contemplada hasta la fecha y en la que se integrarían conceptos que sin poder ser considerados como capital, por no estar escriturados como tal, participan de su naturaleza, bien porque en su aportación nada obstaba para que se incorporaran a la cifra de capital social, como ocurre con la prima de emisión cuando se exige en ampliaciones de capital reservadas a los antiguos accionistas, bien porque tienen su origen en un proceso de descapitalización formal, como puede ocurrir en determinados casos de fusión o de escisión.

Un tercer concepto que podría incluirse en esta categoría sería la diferencia contable que se produce cuando se amortizan acciones propias adquiridas por debajo del nominal. De la autocartera puede decirse que el importe por el que figura en cuentas de activo es una contrapartida del capital y reservas de la sociedad, un componente negativo de su neto patrimonial. En este caso la eliminación en parte de la cuenta de capital dará lugar a la creación de una cuenta de reservas, pero de ello no debe deducirse que la sociedad tenga un beneficio, porque los apuntes contables se producen entre cuentas representativas del neto patrimonial, sin que se altere la cuantía de éste; la cuenta de reservas que se abona tiene su origen en el cargo que se hace a la cuenta de capital siendo la operación neutral desde el punto de vista económico. En estas condiciones hablar de beneficio está fuera de lugar e insisto en ello porque el artículo 140 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades somete a tributación la diferencia que comento, lo que, según pienso, sólo se justifica porque no se ha captado su auténtica naturaleza. A mi modo de ver se trata de un tercer concepto a incluir entre las que he llamado reservas de capital, por tener en el capital su origen directo.

La admisión de esta categoría, cuya singularidad económica, jurídica y contable a mi me parece clara, podría venir por dos caminos: uno el del legislador tributario que, apreciando su existencia, le asignará efectos fiscales de acuerdo con su naturaleza; el segundo podría ser el que los órganos de planificación contable, o instituciones de peso en esta materia, propiciaran la inclusión en el PGC de esta categoría específica determinando su contenido. La admisión en una u otra forma, haría que la legislación mercantil se ocupara de ella. En tanto esto no ocurriera las reservas de capital, tendrían la condición de reservas disponibles, aunque al disponerse de ellas, debería tenerse en cuenta su condición originaria de capital aportado. Concretamente en tres casos de disposición los efectos lógicos serían los siguientes:

- a) En las ampliaciones de capital que se hicieran con cargo a estas reservas no se hallarían sujetas al concepto de operación societaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
- b) Su distribución entre los socios no debería tener la condición de reparto de dividendos, sino de reintegro de capital.
- c) La aplicación a la compensación de pérdidas no produciría efectos especiales.

V. CONSIDERACIONES FISCALES EN TORNO A LA PRIMA DE EMISION

Tres son los aspectos que cabe considerar.

1. Desde el punto de vista del aportante.

El desembolso que realiza un accionista como consecuencia de las acciones que suscribe es el elemento principal entre los que integran su costo de adquisición. Desde el punto de vista del aportante, el desembolso se integra en el costo por su importe total sin tener en cuenta que parte corresponde a nominal o a prima de emisión y sin que la distinta naturaleza de ésta por su origen tenga ningún efecto fiscal especial. Hasta el importe por el que el desembolso se realiza el accionista asume las consecuencias tributarias de la operación. Si se trata de aportaciones dinerarias, habrán quedado previamente integradas en el patrimonio del aportante después de haber pagado los impuestos correspondientes en las fuentes en que el dinero tuvo su origen; en la medida en que las obligaciones fiscales no hubiesen sido regularmente cumplidas, siempre podrán ser exigidas a través de las medidas coercitivas de que la Administración dispone. Si se trata de aportaciones no dinerarias, al quedar sometida la operación a comprobación de valores por expertos independientes, se garantiza además la tributación de las posibles plusvalías en el momento en que aquéllas se producen. Es decir, que en relación con las cantidades aportadas como prima de emisión y por supuesto como capital, se producen dos efectos sobre los que quiero insistir: se incorporan al costo de adquisición y reflejan una situación fiscal cuyos efectos, definidos por la ley, tiene personalmente asumidos el aportante. Precisamente por esto las primas de emisión tendrán en la sociedad emisora carácter de reservas de libre disposición, lo que no ocurriría, en buena lógica, en la medida que reflejaran plusvalías que no hubieran soportado los gravámenes exigibles en condiciones normales. Por referirme a un caso concreto: en una aportación de activos realizada en España al amparo de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, si los bienes se transmiten por un valor superior al que tenían en la sociedad aportante, podría haber una prima de emisión por la diferencia entre el nominal recibido y el valor neto contable de los bienes aportados, porque hasta allí la sociedad aportante tendría justificada su situación fiscal, o más en la medida en que todas o parte de las plusvalías se hubieren integrado en la base imponible, pero el importe revalorizado sin pago de impuestos, que represente unas plusvalías latentes en el momento de

la operación y cuyo gravamen futuro puede o no producirse, no creo que pudiera ser considerada como prima de emisión, ni por tanto como reserva disponible, a causa de la incertidumbre fiscal que pesa sobre ella. Por delante de la prima de emisión debe haber siempre una situación fiscal clara, perfectamente asumida y concretada o susceptible de concretarse mediante las oportunas actuaciones de la Administración.

2. En la aportación, desde el punto de vista de la sociedad emisora.

Una visión rápida a la forma en que la normativa que ha venido regulando en España la tributación del beneficio de las empresas, pone de manifiesto que sólo a partir de la Ley 61/1978 se tiene una idea aproximada de cuál sea la naturaleza de la prima de emisión de acciones.

El Texto Refundido de la Ley de la Contribución de Utilidades de la Riqueza Mobiliaria de 1922, generalizaba diciendo que «no se gravarán como beneficios las cantidades obtenidas por la negociación de las propias acciones de las Compañías a tipo superior al nominal, si dichas cantidades se constituyen en reserva». El término negociación se refiere más bien al ofrecimiento al mercado de las acciones en autocartera que a la emisión propiamente dicha, pero había que dar un sentido amplio a su alcance si no se quería perjudicar a las primas de emisión, cuyo derecho a un trato favorable tiene mejores razones que los rendimientos obtenidos en la negociación de acciones propias, entendida en sentido estricto. La Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 retira, con carácter general, el beneficio que acabo de indicar, que es restablecido por la Ley de 15 de mayo de 1945, aunque ahora sólo para las primas de emisión de acciones, siempre que se constituyan en reserva.

La Ley de 23 de diciembre de 1957 reestructura la tributación directa en España, creando tres Impuestos para sustituir a la Contribución de Utilidades, entre ellos el Impuesto sobre Sociedades al que esencialmente sigue aplicándose la normativa anterior, dictándose con carácter reglamentario la Instrucción Provisional aprobada por Orden de 13 de mayo de 1958 y que en su artículo 13 dice que «no se gravarán como beneficios las cantidades obtenidas por la emisión y negociación de las propias acciones de las sociedades a tipo superior al nominal». Esta norma, aprobada por una orden ministerial, rehabilita la no sujeción a gravamen de las plusvalías (beneficio) obtenidas por la negociación de las propias acciones, que una Ley no derogada había suprimido en 1940.

La Ley 41/1964, de 11 de junio, en su artículo 80, excluye de la consideración de ingreso a «Las cantidades que se exijan como prima en la emisión de acciones, si se destinaren a nutrir una reserva especial que se denominará "Reserva por prima de emisión de acciones".

De esta reserva sólo se podrá disponer para incorporarla a la cuenta de capital o para compensar el saldo deudor de la cuenta de *Pérdidas y ganancias*, salvo en los casos de fusión o disolución.

Si se destinare a finalidades distintas de las mencionadas, será considerada como ingreso en la cuantía y ejercicio en que la aplicación tenga lugar, sea cualquiera el ejercicio de que la reserva proceda».

Este texto es recogido íntegramente por el artículo 16.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (Decreto de 23 de diciembre de 1968), pero antes el artículo 15.3, con antecedente directo en el no derogado precepto de la Ley de 16 de diciembre de 1940, establecía el gravamen de las plusvalías obtenidas en la negociación de las propias acciones de la sociedad a tipo superior al nominal.

Esta pequeña historia de la evolución de la fiscalidad de la prima pone de manifiesto que las ideas nunca han estado claras. Unas veces hay que entender que el término negociación se refiere también a la emisión; cuando el resultado de la negociación estaba sujeto a gravamen por decisión legal, una orden ministerial, con indudable torpeza, declara la no sujeción; cuando la no tributación se reconoce, queda condicionada a la constitución en reserva sin que nada se diga sobre la naturaleza de ésta, que sólo desde 1964 tiene el carácter de reserva indisponible exigiéndose además que se incluya en contabilidad con una denominación específica.

La Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, parece querer afrontar la cuestión con más convicción cuando dice en el artículo 11.5 que «a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior (determinación de la base imponible) se entenderán aportaciones de capital realizadas por los socios las primas de emisión de acciones», disposición que se complementa, tal vez innecesariamente, en el artículo 15.2 al decir que «no son incrementos de patrimonio las aportaciones de capital efectuadas por los socios o partícipes durante el ejercicio, incluidas las primas de emisión de acciones». Esto da resuelto el problema por lo que a la consideración de la prima de emisión desde el punto de vista de la sociedad beneficiaria se refiere, pero al concretarse la cuestión a su exclusión de la base imponible, siguen las dudas sobre los demás efectos fiscales que puedan atribuirse a la prima de emisión.

Precisamente el presente trabajo tiene como principal objeto el profundizar en la naturaleza de la prima de emisión para facilitar el que se le atribuyan en cada situación unos efectos fiscales acordes con aquélla. De momento me interesa destacar que tanto antes en que se la venía considerando como reserva, como ahora que se le da el carácter de capital aportado, salvo un breve período de tiempo comprendido entre 1940 y 1945, la prima de emisión ha sido excluida siempre, a veces con alguna condición, de la tributación. Esto supuesto, paso ahora a analizar como puede influir en su trato fiscal la distinción que propongo entre la prima de emisión propiamente dicha y la prima de emisión como reserva de capital. En el segundo caso no debe haber duda, la prima, al participar de la naturaleza de capital aportado, debe ser considerada como tal a todos los efectos.

Más dudoso es el caso de la prima exigida a los nuevos socios que se incorporan a una sociedad, que según he dicho se establece en función de sus reservas, por lo que de alguna forma, siempre desde el punto de vista de la sociedad, participan de la naturaleza de aquéllas. Mi opinión es que tampoco en este caso estaría justificado el gravamen. El hecho, que ya he destacado, de que lleguen a la sociedad después de que el socio haya asumido toda la fiscalidad que el hecho de la aportación entraña es determinante para justificar la improcedencia de un gravamen posterior; pero además creo que la sociedad emisora no gana en la operación, ya que entrega lo que vale en función de lo previamente acumulado, en una ampliación de su propia sustancia, todo ello en condiciones de estricta equidad, lo que a mi modo de ver excluye cualquier posibilidad de gravamen. El hecho de que, aun al margen de una conciencia cierta sobre cuál sea la naturaleza de la prima de emisión, siempre se haya considerado libre de tributación como beneficio en el momento de la aportación algo tiene que decir al respecto. En última instancia cabría aducir razones de política fiscal, porque la tributación de la prima en los casos de entrada de nuevos socios, sería un serio obstáculo para que prosperase esta fórmula de expansión, que se da precisamente en relación con las empresas con mejor proyección de futuro.

3. En el caso de reparto.

Si llegara a admitirse la distinción que propongo, según he anticipado [n.º II, apartado 3, letra c)], sería fácil concluir que el reparto de la prima cuando su aportación se hubiese hecho como reserva de capital tendría la consideración de reembolso de aportaciones y de dividendo cuando hubiera tenido la consideración de prima de emisión en sentido estricto y ello al margen de quienes hubiesen hecho la aportación y quienes resultasen beneficiados del reparto.

Ahora bien, la legalidad vigente ofrece sobre el particular una importante laguna, de manera que puede ser ésta la cuestión más conflictiva; yo mismo, partiendo de la idea de la aceptación de la prima de emisión como aportación de capital expresamente reconocida en el artículo 11.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en sucesivas ediciones de mi libro ya citado, he mantenido que su reembolso, y ello con carácter general, no debería ser considerado como dividendo; sin embargo hoy dudo que esto pueda mantenerse con el único apoyo del citado artículo 11.5, porque la referencia expresa es que a efectos de la determinación de la base imponible la prima se considera como aportación de capital. Dar este mismo carácter a supuestos distintos del contemplado por la ley puede ser arriesgado, pero lo cierto es que sólo existe esta referencia y que tampoco es excluyente, como ocurriría si se dijera, sólo a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior. De toda esta confusión me interesa destacar la necesidad de que se aclaren las dudas, porque las consecuencias de que a la distribución de la prima de emisión se la considere como reembolso de capital, o como dividendo, son importantísimas en el campo fiscal y yo creo que factor determinante de la aclaración es que se parta de la distinción que vengo defendiendo.

VI. LOS EXCESOS DE APORTACION SOBRE EL CAPITAL NOMINAL RECIBIDO, EN LAS SOCIEDADES NO ANONIMAS

Si las escasas referencias fiscales a la prima de emisión hacen de algunos aspectos de su fiscalidad un problema serio, éste se agrava si se extiende a los excesos de aportación en sociedades no anónimas, porque en este caso no hay ninguna referencia y no cabe duda de que la cuestión puede plantearse, porque la incorporación de socios nuevos es una realidad no condicionada por la forma social ni los planteamientos económicos, siempre interesados en el mantenimiento de unas condiciones de equidad patrimonial tanto para los antiguos como para los nuevos socios.

Lo primero que hay que decir es que en las sociedades no anónimas, la exigencia de un exceso de aportación en una ampliación reservada a los socios preexistentes, no tendría justificación y sólo podría caber en la entrada de nuevos socios, pareciendo lógico que el trato fuera similar al que recibe la prima de emisión. Sin embargo las referencias de los artículos 11.5 y 15.2 de la LIS a la prima de emisión de acciones es tan concreta y el artículo 24.1 de la LGT tan excluyente a la hora de aplicar la analogía, que no se sabría qué norma invocar para razonar la exclusión de la base imponible de los excesos de aportación en las sociedades no anónimas.

A favor del gravamen está la interpretación a *sensu contrario* de los citados artículos de la LIS. Particularmente no creo en las interpretaciones de esta naturaleza; las leyes dicen lo que dicen y lo contrario no puede aplicarse a los supuestos relacionados con el contemplado, cuando a aquéllos no se hace una referencia expresa. Desde esta óptica es la naturaleza de la aportación la que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir si los excesos de aportación en las sociedades no anónimas se incorporan o no a la base imponible y las razones que he aducido anteriormente debería conducir a una solución excluyente. Más claro veo el problema de la tributación de la posible distribución porque para mi se identifican, en estas sociedades, siempre con un reparto de reservas.

De todas formas, con independencia de las soluciones concretas a problemas planteados bajo un régimen fiscal que no prevé soluciones, lo importante es que se tome conciencia de que hay que legislar sobre estas cuestiones para evitar que se adopten decisiones sobre las que pueda pesar la más absoluta de las incertidumbres tributarias.