

RAZONES QUE JUSTIFICAN UNA FISCALIDAD ESPECÍFICA DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

M.^a Consuelo Fuster Asencio

Doctora en Derecho

Profesora del Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Universitat de València

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es analizar las razones que justifican una fiscalidad reducida de las Mutualidades de Previsión Social, desde su triple caracterización; como sistemas de previsión social, como entidades aseguradoras y como organizaciones pertenecientes a la Economía social. Para, una vez alcanzado este objetivo, comparar su fiscalidad con otras organizaciones (sistemas de previsión social, cooperativas, entidades sin ánimo de lucro), y constatar el trato fiscal desfavorable del que están siendo objeto sin ninguna razón o justificación material que lo avale¹.

PALABRAS CLAVE: Mutualidades de Previsión Social, cooperativas, Economía social, tributación, entidades sin ánimo de lucro, exención.

CLAVES ECONLIT: K100, N440, P400.

1. Por razones de extensión del trabajo, se ha considerado oportuno centrar el objeto de conocimiento en el estudio de la tributación de las Mutualidades de Previsión Social en el Impuesto sobre Sociedades, y dejar el estudio de la tributación de los mutualistas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para un trabajo específicamente dedicado al efecto; la complejidad que presenta en este momento la tributación de las aportaciones y prestaciones de los mutualistas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas supone tal densidad de contenidos que su tratamiento conjunto con la tributación de las mutualidades necesariamente redundaría en una merma de sus sistematicidad y exhaustividad.

JUSTIFICATIONS FOR A SPECIFIC TAX TREATMENT OF MUTUAL PROVIDENT SOCIETIES

ABSTRACT

This paper analyses the reasons that justify a specific tax regime of *Mutualidades de Previsión Social* (Retirement Savings Mutuals). Three are the main features of these entities: they are mechanisms for retirement savings; insurance companies; and organizations that belong to the Social Economy. Their tax regime is compared to that of similar mechanisms aimed at private pension savings and other entities in the realm of the social economy (cooperatives, non-profit organizations). This comparison reveals that, for no apparent reason, their tax regime is less favorable, and this asks for an enquiry into the justification of such discrimination.

KEYWORDS: *Mutualidades de Previsión Social*, cooperatives, Social Economy, Taxation, Non-profit Organizations, exemption.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

El conjunto de normas que regulan las mutualidades de previsión social (en adelante MPS) es complejo. Actualmente su regulación se encuentra en el RDLg 6/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (arts. 64 a 68) y el Reglamento de mutualidades de previsión social, aprobado por el RD 1430/2002, de 27 de diciembre. Asimismo, las Comunidades Autónomas tienen asumida estatutariamente competencia normativa y de ejecución en materia de mutualidades de previsión social, con respeto a las bases estatales de regulación de seguros privados².

El art. 7.1 del RDLg 6/2004, dispone que la actividad aseguradora sólo puede ser realizada por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social.

Las mutualidades se clasifican en mutualidades de seguros y mutualidades de previsión social. Las primeras son auténticas compañías de seguros que cubren los riesgos propios de esta rama de actividad. Las mutualidades de previsión social se caracterizan por la finalidad específica de la previsión social; esto es, satisfacer la necesidad de seguridad económica de los individuos y sus familias, ante los riesgos sociales o riesgos inherentes a la vida social. Dentro de las MPS se diferencia entre las MPS en sentido estricto y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Las mutuas de seguros pueden operar a prima fija o a prima variable. El art. 9 del RDLg 6/2004 define a las mutuas generales a prima fija como "entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo". Y el art. 10 de la misma norma define las mutuas a prima variable como "entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, que tienen por objeto la cobertura, por cuenta común, a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, y cuya responsabilidad es mancomunada, proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe".

Por su parte, el art. 64 RDLg 6/2004 define a las mutualidades de previsión social como "entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter

2. Han ejercido esta competencia la Comunidad Valenciana (Ley 7/2000, de 29 de mayo, de Mutualidades de Previsión Social); Madrid (Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social); Cataluña (Ley 10/2003, de 13 de junio, de Mutualidades de Previsión Social); y la Ley 25/1983, de 27 de octubre, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria.

voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras.

En su denominación deberá figurar necesariamente la indicación Mutualidad de previsión social, que quedará reservada para estas entidades.

Cuando en una mutualidad de previsión social todos sus mutualistas sean empleados, sus socios protectores o promotores sean las empresas, instituciones o empresarios individuales en las cuales presten sus servicios y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos, se entenderá que la mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial".

El art. 64.2 indica que el objeto social de las MPS será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro y de reaseguro; las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados; las operaciones preparatorias o complementarias de las anteriores que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión; y las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora.

No obstante, se permite a las MPS otorgar prestaciones sociales, sin estar sujetas a la técnica actuarial propia de los seguros, teniendo cubierto un fondo mutual mínimo y las garantías financieras, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- que las mismas hayan sido autorizadas expresamente por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
- que exista una separación absoluta económico-financiera y contable entre las operaciones de seguro y las que no lo son.
- que dispongan del fondo mutual mínimo y que tengan constituidas sus garantías financieras.
- que los recursos que se dediquen a la actividad de prestación social sean de su libre disposición.

Respecto de las prestaciones que pueden otorgar las MPS el art. 65 RDLg 6/2004 distingue entre previsión de riesgos sobre las personas y previsión de riesgos sobre las cosas. Dentro de las primeras, las contingencias que pueden cubrir son las de muerte, viudedad, orfandad, jubilación y dependencia, y garantizarán prestaciones económicas en forma de capital o renta. También pueden otorgar prestaciones por razón de matrimonio, maternidad, hijos y defunción. Y podrán realizar operaciones de seguro de accidentes e invalidez para el trabajo, enfermedad, defensa jurídica y asistencia, así como prestar ayudas familiares en situaciones que impidan temporalmente el ejercicio habitual de la profesión.

Con relación a la previsión de riesgos sobre las cosas, podrán garantizar: viviendas de protección oficial y otras de interés social, siempre que constituyan la vivienda del mutualista y de su familia; maquinaria, bienes e instrumentos de trabajo de mutualistas que sean pequeños empresarios; y cosechas de fincas cultivadas directa y

personalmente por el agricultor, excepto que estén comprendidas en el plan anual de seguros agrarios combinados, y los ganados integrados en la unidad de explotación familiar.

Y, por último, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que conforme al art. 68 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social son asociaciones autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sin ánimo de lucro, que se constituyen por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el objetivo de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas.

II. CARACTERIZACIÓN DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

Hablar de Mutualidad de Previsión Social es hablar de sistema de previsión social complementario de la Seguridad Social; de entidad aseguradora; y de entidad perteneciente a la economía social o tercer sector de mercado. Lo anterior, dota a estas entidades de un estatuto jurídico particular y justifica que disfruten de determinados beneficios fiscales.

II.1. LAS MPS COMO SISTEMA DE PREVISIÓN SOCIAL

II.1.1. Antecedentes de los sistemas de previsión social

El mutualismo constituye precisamente el origen de la previsión social. El individuo ha buscado desde sus orígenes fórmulas que le permitieran afrontar en común cualquier eventualidad que afectara negativamente su salud o su economía³. Esta búsqueda se remonta, en España, a las cofradías y los gremios, que aparecen en la Baja Edad Media (s. XII a XV), como antecedente y germen de las mutualidades. Posteriormente, en la Edad Moderna (s. XVI y XVII) aparecen las hermandades de socorro, una institución social similar a la cofradía medieval que incorpora nuevas características que la aproximan más a la actual mutualidad. Ya con la Ilustración (s XVIII), aparecen los montepíos. Los liberales ilustrados arremetieron contra los gremios, hermandades y cofradías con la finalidad de someterlas al control del

3. Vid., sobre este tema, MORENO RUIZ, R., "La génesis del mutualismo moderno en Europa", REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos, n.º 72, 2000.

Estado, apartándolas de la esfera eclesiástica y reduciendo sus funciones. Se las obligó a transformarse en montepíos. Impulsados por el Estado, y bajo su tutelaje, aparecen montepíos oficiales que protegen a los funcionarios y sus familias con pensiones de viudedad y orfandad y de vejez e invalidez. A mitad del s. XIX desaparecen la gran mayoría de montepíos oficiales. Con la revolución industrial los obreros se asocian en sociedades de socorros mutuos, montepíos o mutualidades, que son modernas MPS.

A principios del s. XX los montepíos y los socorros mutuos eran las únicas entidades que desarrollaban la previsión social en España. A partir de este momento, los gobiernos fueron asumiendo paulatinamente funciones en la vida económica, pero también social. Así, el sistema público de previsión social empieza con la creación del Instituto Nacional de Previsión Social en 1908. El primer seguro social obligatorio, el Retiro Obrero, aparece en 1919 y se limita a cubrir las contingencias de vejez de los trabajadores por cuenta ajena económicamente más débiles. Este se transforma en 1939 en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Ya en 1942, se promulga el seguro obligatorio de enfermedad, en cuyo ámbito de aplicación no aparecen los trabajadores autónomos (profesionales, comerciantes y pequeños empresarios), que siguen organizándose en mutualidades para desarrollar su propio sistema de previsión social. Y, se continúa en esta línea. Durante la década de los cuarenta y cincuenta se crean las mutualidades y montepíos laborales como instituciones gestoras públicas, que otorgan prestaciones ante las contingencias de jubilación, invalidez y muerte a los trabajadores por cuenta ajena.

Los seguros sociales obligatorios han evolucionado hacia los modernos sistemas de Seguridad Social. Un sistema de Seguridad Social es un sistema público garantizado por el Estado que presta servicios sociales y asistencia social. En España se pasó de los seguros sociales al sistema de la Seguridad Social obligatoria con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social. Actualmente, la regulación la encontramos en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDLg 1/1994, de 20 de junio⁴.

II.1.2. Situación actual de las MPS

En la actualidad, las mutualidades operan como sistema complementario de la Seguridad Social. No obstante, podrá actuar como sistema alternativo al régimen obligatorio de la Seguridad Social de profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social (art.2 del RD 1430/2002). Asimismo, las MPS pueden realizar operaciones de gestión de fondos de pensiones. En la medida en que la seguridad económica de las personas y sus familias ante los riesgos sociales esté cubierta por un sistema público obligatorio de previsión social o Seguridad Social

4. Vid. Para una introducción sobre el tema, HERRAIZ, C., "Las pensiones de las mutualidades de previsión social en España", tema de Portada, marzo, 2005.

la necesidad de acudir a sistemas complementarios dependerá de la suficiencia o insuficiencia de las prestaciones públicas y de la calidad de las mismas medidas en términos de satisfacción del usuario. Así, se recurrirá en mayor medida a la previsión social complementaria, gestionada por sociedades capitalistas, mutualidades y sociedades cooperativas, cuando esas prestaciones sean insuficientes o no alcancen el nivel de calidad deseado. Y, se puede afirmar, que el sentir generalizado de que el sistema público de pensiones no será capaz en un futuro inmediato de mantener el nivel actual de pensiones lo que ha permitido un cierto repunte del mutualismo⁵. Sin embargo, el mismo ha tenido que competir en condiciones desfavorables con los Planes de Pensiones, distorsiones que aun cuando se han ido relajando, todavía hoy no gozan de las mismas ventajas fiscales.

La Ley 8/1987 de regulación de planes y fondos de pensiones tuvo una importancia fundamental en la historia del mutualismo español. Las ventajas fiscales que se otorgaron a los planes y fondos de pensiones motivaron que las Federaciones Regionales y la Confederación Española de Mutualidades presionaran para corregir esa situación. Las aportaciones de los mutualistas al fondo mutual recibían un trato discriminatorio respecto de las aportaciones a planes y fondos de pensiones. Así, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, han dado un trato aproximado en este impuesto en lo que se refiere a la posibilidad de reducción de las aportaciones en la base imponible del Impuesto, y en la tributación de las prestaciones derivadas de las mismas contingencias, jubilación, fallecimiento, invalidez y dependencia⁶.

El art. 41 CE establece: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

5. Sobre todo en el País Vasco, que promulgó la Ley 25/1983, de 27 de octubre, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria, antes de que la Ley 33/1984 convirtiera a las mutualidades en entidades aseguradoras.

6. Las aportaciones o primas por contratos satisfechos con MPS presentan un doble régimen en función de la condición del mutualista. Si la MPS actúa como alternativa a la Seguridad Social para profesionales no integrados en la misma, es gasto deducible para la determinación del rendimiento de la actividad. Si actúa como complementaria al régimen de la Seguridad Social no constituyen gasto deducible para determinar el rendimiento de la actividad. Además, se permite la reducción en la base imponible del IRPF de las aportaciones realizadas por profesionales, integrados o no en la Seguridad Social y empresarios individuales integrados en la Seguridad Social, en ambos casos sus cónyuges y familiares consanguíneos en primer grado; trabajadores por cuenta ajena de las MPS de profesionales o empresarios; trabajadores por cuenta ajena o socios trabajadores; y trabajadores por cuenta ajena colegiados en un Colegio Profesional que tenga MPS, así como su cónyuge y familiares consanguíneos en primer grado. En cuanto a las prestaciones, si no han reducido la base imponible o gasto deducible, tributan como rendimientos del capital mobiliario (las prestaciones por fallecimiento tributan en el ISD). Si han reducido la base imponible, en todos o en algún ejercicio, el producto se califica de previsión social y tributan en su conjunto como rendimientos del trabajo.

La Constitución ordena la intervención estatal para el mantenimiento de un sistema Público de previsión social; no así, respecto de sistemas complementarios. Sólo establece que su establecimiento será libre, no condicionándolo a una forma jurídica determinada, ni estableciendo diferencias de tratamiento en función de la entidad que actúe como sistema complementario de la Seguridad Social. Sin embargo, a nivel legal se da una diferencia de trato fiscal, respecto de los entes que operan como sistema de previsión social complementario.

Así, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las mutuas de seguros, las mutualidades de previsión social y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social tributan al tipo reducido del 25% (éstos últimos respecto de las rentas no exentas).

Respecto a otros sistemas de previsión social, al margen de que las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social gocen de una exención total y subjetiva (art. 9.1.d) LIS); los planes de pensiones al carecer de personalidad jurídica y no tener atribuida expresamente la condición de sujeto pasivo por el art. 7 del RDLg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, no son sujetos pasivos de este Impuesto, ni siquiera tributan en el régimen de atribución de rendimientos; y respecto de los fondos de pensiones se establece la neutralidad del tipo de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades (art. 28.6 LIS)⁷. ¿Qué justifica esta discriminación?

Si todos son sistemas de previsión social complementarios del sistema público de la Seguridad Social, nada justifica la diferencia de trato en cuanto a los planes y fondos de pensiones y las MPS, en cuanto cubriera las mismas contingencias que la Seguridad Social. Es más, no hay que olvidar que las mutualidades de previsión social son entidades aseguradoras complementarias de la Seguridad Social. Y, que precisamente la obligatoriedad de este sistema público para los autónomos implantada no hace tantos años, motivó la pérdida de asociados. Un hándicap más a su permanencia en el mercado. Para superarlo, muchas de ellas se han transformado de una entidad de previsión social en mutuas de seguros y reaseguros. El cambio les ha permitido abrir las fronteras de la expansión superando las limitaciones legales que tienen las entidades de previsión social. Invertir la tendencia en la defensa de entes pertenecientes a la economía social pasa por, desde los poderes públicos, apoyarlos legislativamente (no sujetos a razones de oportunidad política). Y una de estas medidas podría ser su gravamen a tipo cero en el Impuesto sobre Sociedades,

7. Señalan SÁEZ FERNÁNDEZ, F.; GONZÁLEZ GÓMEZ, F.; y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., "Cooperativas, sociedades laborales y mutualidades de previsión social: 25 años de progreso de la economía social de mercado bajo la constitución de 1978", CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 47, 2003, pág. 194, que quedan por resolver otras demandas, así la limitación de las prestaciones económicas que afecta a las mutualidades, que podía tener sentido cuando el cálculo de los derechos pasivos se hacía con base en un sistema de reparto, pero no cuando el sistema es de capitalización, constituyendo un pesado lastre para el desarrollo del sector.

para no colocarlas en una situación de desventaja respecto de los planes y fondos de pensiones.

II.2. LA MPS COMO ENTIDAD ASEGURADORA

II.2.1. Antecedentes de las entidades aseguradoras

Con respecto al sector de los seguros, las primeras regulaciones específicas sobre entidades aseguradoras surgen en nuestro país a mediados del s. XIX. Estas regulaciones responden a la necesidad de asegurar la estabilidad y solvencia de los aseguradores; es necesaria la intervención pública para tutelar los intereses de los asegurados y el buen funcionamiento del sistema. Con el paréntesis del Código de Comercio de 1885, que estableció la libre creación de sociedades de seguros y aseguró la autonomía de la voluntad de los socios, a finales del s. XIX se inicia la tendencia a la intervención estatal con las Leyes de Presupuestos de 1893 y 1895, en las que se establece la obligación de las entidades de seguros de presentar balance y constituir un depósito.

Sin embargo, estas normas se mostraron insuficientes y fue la Ley de 14 de mayo de 1908 la que reguló de una manera sistemática la intervención estatal, marcando unas líneas directrices que perduran hasta nuestros días (entre ellas, la necesidad de constituir un depósito cuya cantidad depende del ramo en que se opere; también las entidades que se dediquen al seguro de vida han de constituir una reserva matemática y en el resto de seguros una reserva de riesgos en curso). Sucesivas modificaciones determinaron que el ejercicio de la actividad aseguradora con ánimo de lucro únicamente podía ejercerse por las sociedades anónimas⁸. También, se fue introduciendo el requisito de constitución de un capital mínimo. El *iter* normativo, al margen de leyes complementarias y modificaciones, continuó con la Ley 16 de diciembre de 1954, sobre Ordenación de los Seguros Privados; y la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación de los Seguros Privados. Uno de los aspectos significativos de esta Ley es que fija de una forma definitiva las formas sociales que pueden ejercer la actividad aseguradora. Así, junto con las sociedades anónimas y las mutuas, incluye a las cooperativas de seguros, y a las mutualidades de previsión social que pasan de un sistema de reparto a otro de capitalización. Se aumenta el capital social y fondo mutual mínimo y se mejora el tratamiento de las garantías

8. Señala BATALLER GRAU, J., "La desregulación de los seguros privados", Revista española de los seguros. Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, n.º 97, 1999, pág.43, que con esta restricción se pretendía desligar el cumplimiento del contrato de seguro de las vicisitudes personales del asegurador, a la vez que las sociedades anónimas son sociedades abiertas con mayor aptitud para la acumulación de capitales y la transparencia de su vida societaria.

financieras (provisiones técnicas, margen de solvencia y fondo de garantía). Se acentúa el control de la Administración al establecer un control de solvencia, etc.

Hay que señalar que el cambio del sistema de reparto por el de capitalización⁹ exigió un gran esfuerzo a las mutualidades para cubrir las provisiones técnicas, meta que muchas no alcanzaron, lo que motivó que se integraran en una compañía de seguros o que terminaran por disolverse. Esta debilidad financiera, junto con la universalización de las prestaciones de la Seguridad Social y la aparición de otros agentes en el ámbito de la previsión social¹⁰, ha condicionado una necesaria evolución de este sector. Un sector que o bien ha salido fortalecido de los requisitos del sector de seguros y que está en condiciones de realizar con éxito la gestión de las prestaciones en los supuestos de jubilación, viudedad, orfandad, invalidez, pérdida temporal de trabajo y atención a la salud, o todo lo contrario, en cuyo caso, una medida de fomento, qué duda cabe, es la fiscalidad.

La regulación posterior ha supuesto incorporar al Derecho interno las Directivas comunitarias en esta materia, que han pretendido armonizar los requisitos de acceso y las garantías financieras y se ha introducido el sistema de licencia única (la autorización administrativa concedida por el Estado de origen será válida en toda la comunidad europea, sometiéndose al control del Estado de origen)¹¹.

Y, por último, hay que citar el proyecto Solvencia II puesto en marcha en el seno de la Unión Europea¹², que trae causa de 'Basilea II'¹³, que establece un nuevo marco para las exigencias de capital de las entidades de crédito. La famosa estructura regulatoria en tres Pilares (el I para el sistema de cálculo de los requerimientos de capital, el II relativo a las herramientas del supervisor y el III orientado hacia la información que va a recibir el mercado de la entidad de crédito), se recibe en el sector asegurador como un modelo de sistemática que se adaptará a las caracte-

9. La diferencia fundamental entre un sistema de reparto y uno de capitalización, es la forma en que se financian las pensiones. En el sistema de reparto éstas se financian con los aportes que realizan los mutualistas, el dinero va a un fondo común con el cual se van a financiar las diferentes prestaciones. En este sistema los beneficios son definidos y no se relacionan necesariamente con lo aportado. En cambio, en el sistema de capitalización individual, cada mutualista posee una cuenta individual donde se depositan sus aportaciones, las cuales se capitalizan y la rentabilidad vendrá dada por la productividad marginal del capital.

10. Planes y fondos de pensiones; Planes de previsión asegurados; seguros de dependencia; planes de previsión social empresarial; y seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones, distintos de los anteriores.

11. Actualmente, no hay armonización en los requisitos del contrato de seguro, cuando si se pretende que circule libremente por el mercado, requiere una estandarización. Los Proyectos de Directivas han fracasado debido a las importantes divergencias entre los sistemas jurídicos de los distintos países y a la falta de voluntad política.

12. La Comisión Europea a raíz del Informe Müller en 1997, se planteó la necesidad de revisar la posición financiera global del sector de los seguros, dando lugar al nacimiento de Solvencia II.

13. Documento consultivo que publicó el Comité de Supervisión Bancaria en 1999.

rísticas de este sector. Los objetivos de este proyecto son: la adecuación de los recursos propios de la entidad al perfil de riesgo de cada una; mejoras en la gestión del riesgo, control interno y ejercicio de la supervisión; y medidas para fomentar la disciplina de mercado. El proyecto Solvencia II tiene como pilar básico la transparencia; además de presentar un reto para todas las aseguradoras, al aumentar la calidad de la gestión. Las entidades tendrán que identificar los factores de riesgo, establecer procedimientos de control interno e implicar a toda la organización en el proyecto. Puesto que este proyecto implica reducir el riesgo y aumentar el capital, ello tendrá consecuencias directas en la pervivencia de muchas compañías de seguro.

II.2.2. Situación actual de las MPS como entidades aseguradoras

En un principio, las mutualidades, como hemos visto, quedaron excluidas del ámbito de la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908. Tampoco la Ley 17 de mayo de 1940, dictada tras la Guerra Civil para dar cobertura a los siniestros ocurridos, hizo referencia a las mutualidades. La primera regulación específica la hallamos en la Ley de 6 de diciembre de 1941 sobre Mutualidades de Previsión Social y el Reglamento de 26 de mayo de 1943, diferente de la normativa que regulaba la actividad aseguradora. A partir de ese momento, se crean un gran número de mutualidades como forma de complementar los Seguros Sociales insuficientes para determinados colectivos.

Fue la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, la que por primera vez sometió las MPS a las disposiciones generales aplicables a las entidades aseguradoras. La razón no fue otra que dotarlas de la solvencia necesaria para el cumplimiento de sus tareas como sistema de previsión social.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, supuso la plena incorporación de las MPS al régimen de entidades aseguradoras. Esta ley incrementó los requisitos de solvencia y el fondo de garantía de las MPS. Así, la exigencia de un ratio de solvencia para las MPS, pensada para las grandes entidades aseguradoras, se ha convertido en un impedimento para la pervivencia de las más reducidas.

Igualmente, el Reglamento de mutualidades de previsión social –aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre- obliga a las MPS a adaptar en el plazo máximo de 10 años, antes del 18 de enero de 2013, su provisión matemática para los seguros de vida a un sistema de capitalización individual. El sistema actuarial de capitalización colectiva –en él se da cumplimiento a la solidaridad ya que los sujetos activos de menor edad que una cierta edad crítica se solidarizan con los activos de edad mayor que dicha edad- da paso al de capitalización individual.

Todo lo anterior, dificulta la pervivencia de estas entidades (muchas de ellas han procedido a una cesión de carteras o a procesos de fusión), que si se quieren mantener y fomentar, como portadoras de un interés social, exige adoptar medidas, también desde el punto de vista fiscal.

II.3. ECONOMÍA SOCIAL

II.3.1. Antecedentes de la Economía social

Las organizaciones que integran la denominada Economía social privilegian a la persona y al trabajo, frente al capital, son entidades privadas que llevan a cabo actividades económicas para satisfacer las necesidades de sus socios con criterios de gestión y distribución de resultados no capitalista.

Las mutualidades son entidades de economía social¹⁴ que pertenecen al ámbito asegurador; mutualidad se identifica con actividad aseguradora en sentido amplio. Constituyen una modalidad aseguradora de carácter voluntario, sin ánimo de lucro, cuyo objeto es hacer frente a ciertos riesgos que afectan a sus socios –a su vida, a su salud, su integridad física, sus bienes o sus derechos- por medio de la ayuda mutua entre los mismos (compensación de los riesgos asegurados).

Pese a ser entidades aseguradoras, se diferencian de otras en la ausencia del ánimo de lucro, careciendo de socios capitalistas, de modo que todos los beneficios deben repercutir entre los propios mutualistas y los beneficiarios.

El concepto de Economía social¹⁵ surge, en un primer momento, como un reactivo frente a posturas que separaban economía y valores; que concebían la ciencia social como neutra de valores, aséptica, y centrada en el sector capitalista. Los defensores de la Economía social preconizan la imposible separación entre economía y valores; y se muestran fuertemente sensibilizados frente a la realidad social. Posteriormente, cambia de significado, y pasa a referirse a un ámbito de estudio del conjunto de instituciones de carácter social, que escapan de los criterios económicos imperantes en la época. Instituciones que se identifican, fundamentalmente, con el movimiento cooperativo; de ahí, que se afirme que el origen de la Economía social se halla en el cooperativismo obrero del siglo XIX y en la doctrina económica vigente en Francia. El movimiento cooperativo se sitúa en el año 1844 cuando un grupo de trabajadores de Rochdale constituyen una “cooperativa” de consumo para suministrar productos de calidad a precios justos¹⁶.

14. Se encuentra en fase de elaboración una Ley de Economía Social, que incluye entre las entidades pertenecientes a este sector a las mutualidades.

15. Para un estudio detallado, vid. CHAVES ÁVILA, R., “La economía social como enfoque metodológico, como objeto de estudio y como disciplina científica”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 33, 1999.

16. Los principios de Rochdale son:

- 1.-control democrático
- 2.-adhesión libre, voluntaria
- 3.-principio de retorno a prorrata de las compras en las cooperativas de consumo y a prorrata del trabajo en las de producción
- 4.-interés limitado al capital
- 5.-neutralidad política y religiosa
- 6.-venta al contado
- 7.-desarrollo de la educación
- 8.-devolución del activo neto en caso de disolución
- 9.-aspiración a conquistar y cooperativizar la organización económica y social del mundo.

En España los valores inherentes al cooperativismo (cooperación, ayuda mutua, solidaridad) pugnan con el liberalismo individualista presente en esos años; a resultas de ello se les atribuye un carácter residual y se limitan sus transacciones entre sus socios y no con terceros.

El cooperativismo se presenta como una opción al capitalismo, caracterizado por la ausencia de ánimo de lucro (los socios se apropian el beneficio del capital) y destinado a la satisfacción de las necesidades de sus miembros. Con el devenir de los años, lo que en principio nació como cooperativismo de consumo, fue ampliándose a otros ámbitos; de trabajo, de crédito, cooperativas agrícolas, y de servicios (viviendas y sanidad)¹⁷. Los estudios se fueron centrando en el cooperativismo, con el que se identificó la Economía social, hasta prácticamente desaparecer frente al auge de aquél. Va a ser con en los años 70 cuando se produce un acercamiento en Francia entre los movimientos cooperativistas, mutualistas y asociacionistas; y surge el concepto con su significado actual.

Cada vez más, la Economía social fue absorbiendo nuevas formas organizativas, claramente anticapitalistas y que cumplieran fines de carácter social. Ha sido la propia dinámica de cambios sociales la que ha provocado la continua adaptación y redefinición de la Economía social, como concepto genérico que engloba una realidad cambiante y que ha ido perfilando a lo largo de los años los rasgos que la caracterizan.

La Economía social surgió de las propias distorsiones del mercado, de modo que en el cumplimiento de objetivos sociales se sustituye la intervención pública, por la intervención privada creando zonas donde no se privilegiara al capital sobre la persona, creando así un ámbito de no mercado. Por tanto, hace referencia a una parte de la realidad social diferenciada tanto del ámbito de la economía estatal del sector público como de la economía privada de carácter capitalista. De ahí, que se le haya denominado, también, tercer sector¹⁸. Esta toma fuerza a finales de la década de los setenta, refiriéndose a un sector de la realidad integrado por formas sociales de los setenta, que no funcionan con los principios de las entidades capitalistas. Se dice que está 'situada entre la economía pública y la economía capitalista'. Se crean para satisfacer necesidades sociales, no para retribuir capitales. El núcleo central de la economía social lo sigue constituyendo la sociedad cooperativa, de donde primigeniamente parte. Pero, por encima de la denominación de la forma jurídica que adopte

17. En la "Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa" del centenario de esta organización en Manchester (1995) se definió la cooperativa como una "asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática".

18. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas", CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 037, 2001, pág. 11, mantienen que la denominación "Tercer Sector" se ha producido por correspondencia residual a los dos sectores dominantes, el público y el capitalista.

la organización en concreto, lo relevante es si responde a los principios propios de la Economía social¹⁹.

A la Constitución española de 1978 hay que reconocerle el mérito de haber incorporado principios y valores por encima del formalismo jurídico; una Constitución sensibilizada con la realidad social. Ya desde su primer artículo declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho; propugnando como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; e implicando a los poderes públicos en la función promocional del Derecho, para lograr que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), fijando unos objetivos que materialicen esos mismos valores, los principios rectores de la política social y económica. La realización de esos valores sociales es fundamental para el buen funcionamiento de la democracia. La igualdad real en la economía exige incorporar a ésta valores, por encima de las fuerzas económicas. De ahí, que esos valores tengan un efecto inmediato en la conformación de la Constitución económica del Estado social.

II.3.2. Economía Social

Se plantean dos enfoques del Tercer Sector; el de la Economía Social que considera que el sector no lucrativo forma parte de un sector más amplio que viene constituido por el Tercer Sector, y el de las Non-profit organizations, que identifica a éste con el sector no lucrativo.

En la conformación del actual enfoque de la economía social se han sucedido conceptos y definiciones de principios hasta ir perfilando lo que hoy entendemos por economía social.

Conforme a la Carta de la Economía Social aprobada en 1982 en Francia por el Comité Nacional de Enlace de las Actividades Mutualistas, Cooperativas y Asociativas (CNLAMCA), la economía social se define como “el conjunto de entidades no pertenecientes al sector público que, con funcionamiento y gestión democráticos e igualdad de derechos y deberes de los socios, practican un régimen especial de propiedad y distribución de las ganancias, empleando los excedentes del ejercicio para el crecimiento de la entidad y la mejora de los servicios a los socios y a la sociedad”. Posteriormente, la Comisión de las Comunidades Europeas en su Comunicación al Consejo de 18 de diciembre de 1989 sobre ‘Las empresas de economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras’ establece que “lo que define a las cooperativas, asociaciones y mutuas como organizaciones de economía social, es

19. PÉREZ GINER, F., La economía social: concepto y entidades que comprende, CIRIEC-España, Cuaderno de Trabajo, n.º 17, mantiene que el elemento caracterizador de la Economía Social es la forma en que se toman las decisiones y la relación que tienen las personas que toman las decisiones con la necesidad a atender. Para hablar en sentido estricto de Economía Social, han de ser los propios beneficiarios quienes decidan por medio de la autogestión, con conciencia de solidaridad, para que el beneficio no se quede sólo en ellos, y repercuta en la colectividad en que se desenvuelven. En función de lo anterior distingue varias zonas: el núcleo cooperativo; zona de la economía social en sentido estricto; zona de economía social en sentido amplio; y zona de economía de empresas de interés general.

la aplicación de técnicas de organización específicas a una actividad productiva. Estas técnicas se basan en los principios de solidaridad y participación (que se concretan en el principio 'un hombre/un voto') de los miembros, productores y usuarios o consumidores, y en valores como la autonomía y la ciudadanía". El dictamen del CES sobre esta Comunicación afirma como principios de estas entidades: libre asociación; estructura de gestión democrática; solidaridad; y progresiva prosperidad de los miembros y/o promoción del interés público.

El Consejo Valón de Economía Social de Bélgica de 1990, entendió la economía social como la economía privada que responde a los siguientes principios: 1. procesos de decisión democráticos. El sector privado capitalista se caracteriza por el principio capitalista de 'una acción, un voto', la decisión democrática supone 'una persona, un voto'. 2. primacía de las personas y del trabajo sobre el capital en el reparto de las rentas. La distribución de beneficios no está ligada a la participación en el capital social. Afirmación avalada por el principio de retorno cooperativo, dotación de patrimonios colectivos, remuneración limitada al capital, no distribución de beneficios. 3. ausencia de ánimo de lucro. La actividad desarrollada por estos entes no busca el lucro, sino el servicio a sus miembros. 4. autonomía de gestión. Aspecto que las diferencia del sector público.

Tampoco el Comité Consultivo de la Comisión Europea de las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CMAF) se ha sustraído de fijar las notas que caracterizan este sector de la economía (1999): primacía del hombre y del objeto social sobre el capital; adhesión voluntaria y abierta, y control democrático por sus miembros; conjunción de los intereses de los miembros y del interés general; solidaridad y responsabilidad; y autonomía de gestión. La única novedad que introduce este Comité es incluir de forma expresa a las fundaciones entre los operadores que integran la economía social.

El segundo enfoque del Tercer Sector, el anglosajón, es el de las Non profit organizations (en adelante NPO). Este enfoque pone el acento en la satisfacción de necesidades sociales en atención a valores humanos; por tanto, en el carácter no lucrativo de la actividad. Así, únicamente incluye en el Tercer Sector aquellas entidades que no distribuyen beneficios entre las personas que las controlan (PNDB)²⁰. Para este enfoque las NPO –charities, fundaciones- desarrollan una actividad destinada a satisfacer necesidades sociales no cubiertas por el sector público. De ahí que se califique como un sector de no mercado.

20. Señala ARGUDO PÉRIZ, J. L., "El tercer sector y Economía Social. Marco Teórico y situación actual", Acciones e Investigaciones Sociales, 15, 2002, págs. 249 y ss, que la definición de economía social es a la vez más amplia y más restringida que la del enfoque anglosajón del Tercer Sector. El enfoque non-profit organizations (NPO) excluye las organizaciones que distribuyen beneficios a sus socios bajo cualquier modalidad, con lo que está excluyendo las cooperativas y las grandes mutuas de seguros y sanitarias. La exclusión de la Economía Social no opera considerando la 'no lucratividad', sino el criterio de no maximización de la rentabilidad del capital para poder incluir a este grupo de empresas de carácter mercantil, pero distintas de las capitalistas clásicas. Asimismo, no se considera como requisito para pertenecer al Tercer Sector un concepto propio de la Economía Social, la organización democrática.

Con una visión integradora de la concepción tradicional y del enfoque NPO se ha definido la Economía social como el “conjunto de empresas privadas creadas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, asegurando o financiando y en las que la distribución del beneficio y la toma de decisiones no están ligadas directamente con el capital aportado por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos. La Economía Social también incluye a las instituciones sin fines de lucro que son productores no de mercados privados, no controlados por las administraciones públicas y que producen servicios no destinados a la venta para determinados grupos de hogares, procediendo sus recursos principales de contribuciones voluntarias efectuadas por los hogares en su calidad de consumidores, de pagos de las administraciones públicas y de rentas de la propiedad”²¹. Algunos de estos principios aparecen recogidos en el art. 64.3 RDLg 6/2004²².

21. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., “Las cooperativas en las modernas economías de mercado”, *Economistas*, n.º 83, 2000. BAREA, J., y MONZÓN, J. L., “La economía social en España”, en DEFOURNY, J./MONZÓN, J. L. (dir.) *Economía social. Entre economía capitalista y economía pública*, Ciriec-España, Valencia, págs. 131 a 156, distinguen los dos subgrupos de la economía social; el denominado sector empresarial, que presenta un comportamiento más próximo a las empresas capitalistas (cooperativas, mutuas, mutualidades, sociedades laborales y sociedades agrarias de transformación); y el sector no lucrativo que proporciona bienes o servicios para los que el juego de mercado resulta insuficiente (normalmente Asociaciones Fundaciones y ONGs).

22. “Las mutualidades de previsión social deberán cumplir acumulativamente los siguientes requisitos:

- a. Carecer de ánimo de lucro.
- b. La condición de tomador del seguro o de asegurado será inseparable de la de mutualista.
- c. Establecer igualdad de condiciones y derechos para todos los mutualistas, sin perjuicio de que las aportaciones y prestaciones guarden la relación estatutariamente establecida con las circunstancias que concurran en cada uno de ellos. Serán aplicables las reglas contenidas en el artículo 9.2.c,e,f y g.
- d. Limitar la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales a una cantidad inferior al tercio de la suma de las cuotas que hubieran satisfecho en los tres últimos ejercicios, con independencia de la cuota del ejercicio corriente.
- e. La incorporación de los mutualistas a la mutualidad será en todo caso voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante, o bien de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los colegios profesionales, salvo oposición expresa del colegiado, sin que puedan ponerse límites para ingresar en la mutualidad distintos a los previstos en sus estatutos por razones justificadas.
- f. La incorporación de sus mutualistas podrá ser realizada directamente por la propia mutualidad o bien a través de la actividad de mediación en seguros, esto último siempre y cuando cumplan los requisitos de fondo mutual y garantías financieras del artículo 67. No obstante, los mutualistas podrán participar en la incorporación de nuevos socios y en la gestión de cobro de las cuotas; en tal caso, podrán percibir la compensación económica adecuada fijada estatutariamente.
- g. Otorgar sólo las prestaciones enumeradas en el artículo 65 y dentro de los límites cuantitativos fijados en él.
- h. Asumirán directamente los riesgos garantizados a sus mutualistas, sin practicar operaciones de coaseguro ni de aceptación en reaseguro, pero podrán realizar operaciones de cesión en reaseguro con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.
- i. La remuneración a los administradores por su gestión formará parte de los gastos de administración, que no podrán exceder de los límites fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- j. En su constitución deberán concurrir al menos 50 mutualistas”.

La estructura de las mutualidades está diseñada de forma que al mismo tiempo los socios son los principales beneficiarios de las actividades de la empresa; sus titulares y los que toman parte en la toma de decisiones, dándose así el principio de identidad o unidad. Así, para acceder a la condición de socio es necesario participar en los procesos de producción y distribución de bienes o servicios que desarrolla la empresa; los socios participan en los flujos financieros (a través de la participación en la distribución de resultados y mediante la aportación de recursos financieros al fondo mutual, a las reservas y en concepto de préstamos voluntarios); y participan en los procesos de toma de decisiones y de control a través del sistema de la democracia, una persona un voto. De ahí que también se les considere empresas de participación (cuyo núcleo duro lo constituyen las cooperativas), frente a las empresas capitalistas.

Las entidades en que se da esta triple identidad se dice que tienen una finalidad mutualista, siendo su rasgo más destacable que todos los socios de la entidad son sus consumidores o proveedores; lo que no impide que realicen operaciones con terceros, pero la mayor parte de ésta se realiza con los socios. Más intensa es la mutualidad en las mutualidades de seguros, en los que junto al principio de identidad, la actividad principal se realiza exclusivamente con los mutualistas (la condición de mutualista es inseparable de la de tomador del seguro).

Por lo demás, los valores y principios básicos son los mismos que los de las sociedades cooperativas²³. Los valores son los de igualdad, libertad de participación, democracia, equidad y responsabilidad de los socios. Entre todos ellos, uno es el que se erige en elemento definidor de empresa de participación; a saber, la democracia, una persona/un voto. También se afirma como valor básico la solidaridad²⁴. Estos valores son llevados a la práctica a través de una serie de principios

23. Como señala ARGUDO PÉRIZ, J. L., "El tercer sector...", op. cit., pág. 257, el punto de encuentro entre el cooperativismo y las restantes entidades integrantes de la economía social siguen siendo los valores y principios.

24. Afirma MORENO RUIZ, R., "Las mutualidades: empresas de participación en la actividad aseguradora y de previsión social", *Economistas*, n.º 83, 2000, págs. 141 y 142, que respecto a la solidaridad, cuando se afirma que es un valor básico de la ideología cooperativa y mutualista es porque se está confundiendo con la ayuda mutua. En un sistema de seguro los asegurados realizan un sacrificio económico en apoyo de aquéllos que soporten el acaecimiento de los riesgos cubiertos. Con este comportamiento el asegurado es solidario con el que sufre el riesgo, aunque lo hace sobre la base de un sacrificio recíproco. La solidaridad se manifiesta, más propiamente, en aquellos sistemas de seguros en los que un número de asegurados asumen una parte de la siniestralidad total superior a la que, según los criterios actuariales adoptados, correspondería a los riesgos que ellos incorporan y, de este modo, otros, con unos riesgos mayores, soportarán una parte menor a la que les correspondería.

que, en el caso de las cooperativas, aparecen recogidos en la Alianza Cooperativa Internacional²⁵.

Los principios del mutualismo comunes con el cooperativismo son, entre otros, el de participación democrática de los socios y el de distribución de excedentes entre los socios en proporción a su participación en la actividad. Bien es cierto, que en muchas ocasiones, y atendiendo a la naturaleza aseguradora de estos entes, es de aplicación prioritaria sobre la derrama activa el destino de una parte del excedente a la constitución de reservas patrimoniales o a incrementar el fondo mutual. También, el del interés limitado al capital.

III. RAZONES QUE JUSTIFICAN UNA FISCALIDAD ESPECÍFICA

La razón de una fiscalidad específica para este tipo de entidades deriva del interés general, en el sentido de interés colectivo, presente en las mismas. La Economía social se utiliza para solucionar la existencia de déficits del mercado; como se ha señalado “se sustituye la intervención pública directa por la de estas entidades, produciéndose una cierta ‘privatización’ o ‘mercantilización’ de la actividad dirigida a la consecución de fines públicos”²⁶.

Las entidades que integran el sector de la Economía social cumplen, pues, objetivos y fines sociales. Se plantea qué elemento es el portador de ese interés social. La Economía social, al posicionarse cumpliendo una función complementaria de la del Estado, ayuda a conseguir la finalidad del Estado social como garante de un mínimo vital de los ciudadanos²⁷. Evidentemente, determinadas actividades se califican de interés social porque, en función de las sensibilidades vigentes en un determinado momento, se considera que deben ser protegidas. Sin embargo, el desarrollo de este tipo de actividades no es patrimonio exclusivo de las entidades

25. Estos principios, establecidos en Manchester en 1995, son:

- 1.-Adhesión voluntaria y abierta.
- 2.-Gestión democrática por parte de los socios.
- 3.-Participación económica de los socios.
- 4.-Autonomía e independencia.
- 5.-Educación, formación e información.
- 6.-Cooperación entre cooperativas.
- 7.-Interés por la comunidad.

26. ALGUACIL MARI, M.ª. P., *La Tributación de las Sociedades Laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 51.

27. En la definición de los objetivos sociales la doctrina alemana por encima de la estructura de la forma jurídica, pone el acento en el interés general.

pertenecientes a la economía social. Por tanto, nada justifica la diferencia de trato fiscal cuando estas actividades son desarrolladas por entidades pertenecientes al tercer sector y por entidades marcadamente capitalistas²⁸.

El hecho de que a las entidades pertenecientes a la economía social se las califique de 'interés social' radica no tanto o únicamente en su tendencia a desarrollar este tipo de actividades, como en su peculiar modo de organización y funcionamiento, distintos del sector público y del sector capitalista. Conforme al enfoque de la economía social se caracterizan por dos principios; el principio democrático (una persona/un voto) y el modo de distribución que privilegia en la distribución de beneficios a las personas y al factor trabajo frente al factor capital²⁹. Qué duda cabe de que los rasgos estructurales de las entidades pertenecientes a la Economía social cumplen en sí mismos objetivos sociales³⁰.

Siendo la finalidad social que cumplen la que justifica una fiscalidad específica, la cuestión a resolver es la diferencia de trato fiscal entre las cooperativas y las mutualidades, ambas integrantes de la Economía social.

Esta 'fiscalidad favorable' a las cooperativas se refleja en el Impuesto sobre Sociedades en un tipo de gravamen bonificado del 20 por 100 respecto de las sociedades cooperativas fiscalmente protegidas, excepto por lo que se refiere a los resultados extracooperativos, que tributarán al tipo general. Y para las cooperativas especialmente protegidas, además se prevé una bonificación del 50% de la cuota íntegra. Frente a las mutuas de seguros generales, las mutualidades de previsión social y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad

28. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y...", op. cit., págs. 23 y ss. Afirman que la tendencia social es correlacionar actividades de interés social y ciertos tipos de entidades. Lo que ha inducido al sentir que apoyar estas entidades tiene un efecto directo sobre el desarrollo de actividades de interés social. Entonces el Tercer Sector es concebido desde su visión instrumental.

29. *Ibidem.*, pág. 25, afirman que el principio democrático lleva inherente una mayor sensibilidad institucional de este tipo de organización a las necesidades y problemas sociales. De esta manera, no se privilegia a los grupos dotados de importantes acumulaciones de fuentes de poder. La segunda regla establece unos principios de justicia distributiva. Conforme al enfoque de las NPO, la regla del PNDB supone una garantía de que la apropiación privada de recursos económico-financieros va a ser mínima. Es también la postura mantenida por la doctrina francesa que considera que en la definición de los objetivos sociales se pone el acento en la estructura organizativa de la entidad: democracia, ausencia de ánimo de lucro, asociación de personas y no de capitales.

30. ALGUACIL MARI, M.^a P., La Tributación de las Sociedades, op. cit., págs. 55 y ss, considera que la definición de qué entidades formarían parte de la Economía social, exige un planteamiento más flexible que la fijación de un listado de elementos estructurales que deben concurrir en su régimen jurídico. Teniendo en cuenta que, además, la nota que caracteriza este sector es su capacidad de cambio para cubrir déficits producidos por el funcionamiento normal del mercado, creando un ámbito de no mercado. Para esta autora, lo realmente relevante sería que la estructura de la Entidad y su forma de funcionamiento promocionara el interés general insito en el art. 129.2 CE: "el cumplimiento de la democracia económica".

Social, se establece, también, un tipo de gravamen bonificado, pero superior al de las cooperativas, del 25 por 100 (art. 28.2.a) LIS).

La fiscalidad favorable de las cooperativas viene de antiguo. Su justificación se ha basado en su carácter social. Constituyen un vehículo idóneo para el cumplimiento de determinados fines sociales, como la redistribución de la riqueza; la creación de oportunidades de empleo para todos; la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa; la promoción social y la formación de sus miembros; políticas de desarrollo regional...³¹. Estas organizaciones responden mejor que otras entidades capitalistas a los principios de ordenación de la política social y económica incorporados a nuestro Texto Constitucional.

Sin embargo, en atención al fin social que cumplen, nada justifica la diferencia de trato fiscal entre las cooperativas y las mutualidades. Ambas cumplen objetivos y finalidades de carácter social y atienden a los mismos valores y principios; es más, en las mutualidades es incluso más acusado el carácter mutuo.

Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre respecto de las mutualidades, en el Texto Constitucional se ordena el fomento de las cooperativas. Así, el art. 129.2 CE establece, con relación a las cooperativas y las sociedades laborales:

“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”³².

Este mandato dirigido a los poderes públicos, puede hacerse operativo a través de la propia fiscalidad³³, aunque no necesaria, ni exclusivamente. Por tanto, el mandato constitucional aparece como el primer y principal apoyo de una fiscalidad favorable a estos entes. No existe una previsión similar en la Constitución respecto de las mutualidades. Y, esta es la conclusión a que se llega si se atiende a la literalidad del precepto. No obstante, la conclusión será distinta si interpretamos el precepto en el contexto de la Constitución Económica.

La ubicación del art. 129.2 CE dentro de la Constitución económica³⁴ patentiza la relevancia de este artículo en el diseño del modelo económico constitucional. La

31. Vid. VICENT CHULIÁ, F., “Situación actual de las cooperativas en el marco constitucional español: legalidad autonómica, estatal y fiscal”, Rev del CIRIEC, n.º extraordinario, octubre 1987, pág. 37 y ss.

32. La doctrina se muestra unánime en considerar que el art. 129.2 CE constituye un principio rector de la política social y económica. Vid. DE LUIS ESTEBAN, J. M., “Presente y futuro de la fiscalidad de las cooperativas”, HPE, n.º 93, págs. 91 y 92; SAJARDO MORENO, A., “Régimen jurídico-fiscal del sector no lucrativo de la economía social”, Palau 14, n.º 26.

33. Vid., a este respecto, RODRIGO RUIZ, M. A., “Mandato constitucional de fomento y fiscalidad de las cooperativas”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, social y Cooperativa, n.º 47, 2003.

34. COLLADO YURRITA, M. A., “La justicia tributaria en la Constitución europea”, CT, n.º 117, 2005, pág. 15, indica que nuestra Constitución incluye diversos preceptos destinados a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone la denominada constitución económica o constitución económica formal.

inclusión de este precepto en la Carta Magna pone de manifiesto que la misma coloca al mismo nivel a las empresas capitalistas, al sector público y a una forma empresarial de operar diferente, el denominado Tercer Sector³⁵. Supone el reconocimiento constitucional de una forma de operar distinta de la capitalista. De ahí que la doctrina fundamentalmente la protección constitucional de la Economía social en este precepto; no así expresamente la Constitución (a diferencia de lo que sucede en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía donde se hace referencia expresamente a la Economía social). Por tanto, el mandato de fomento habría que entenderlo referido a todas las organizaciones integrantes de la Economía social; y por lo mismo, la fiscalidad favorable³⁶.

A los anteriores motivos se añade, para justificar una fiscalidad favorable de las cooperativas, el del carácter irrepartible de buena parte de los fondos cooperativos³⁷. Puesto que parte de su patrimonio termina revertiendo a la comunidad, lo que se destine al sostenimiento de los gastos públicos ha de ser un porcentaje menor³⁸. La cuestión es si aquí nos hallamos ante una técnica de ajuste o ante un

35. En este sentido, ALGUACIL MARÍ, M.^a. P., *La Tributación de las Sociedades*, op. cit., págs. 44 y ss.

36. RODRIGO RUIZ, M. A., "Mandato constitucional de de fomento y fiscalidad de las cooperativas", CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre, 2003, pág. 208, mantiene que "no debe caerse en el error de considerar el mandato constitucional de fomento a las cooperativas un precepto aislado,...., ajeno a las pautas económicas de orden más general que la Carta Magna recoge. Por el contrario, la norma se incardina y guarda plena sintonía con la configuración de de España realiza la Constitución de 1978, en cuanto Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1), y cuyos poderes públicos, en evitación de que la declaración se quede en mera retórica, se hallan compelidos a promover las condiciones para que esa libertad e igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que las impidan o dificulten (art. 9).

37. En la legislación cooperativa se establece que los resultados positivos de las actividades no cooperativizadas se destinen al Fondo de Reserva Obligatorio –irrepartible entre los socios, incluso en caso de disolución de la entidad- al menos en un 20% y el 5% al fondo de educación y promoción. De los beneficios extracooperativos y extraordinarios se destinará al menos un 50% al fondo de reserva obligatorio. Los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles se aplicarán a retorno cooperativo a los socios, a dotación a fondos de reserva voluntarios o a incrementar el Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo para la Formación y la Promoción del Cooperativismo (art. 58, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

38. RODRIGO RUIZ, M. A., "Mandato constitucional...", op. cit.,pág. 206. Afirma que esta limitación patrimonial las distingue de las sociedades capitalistas, desde el punto de vista económico, y supone para las cooperativas "un mecanismo peculiar de contribución a la comunidad que demanda, en buena técnica fiscal, medidas correctoras, pues afecta y reduce la capacidad contributiva que en éstas puede ser gravada. Dicho de otro modo, ya que buena parte del patrimonio social obtenido con el esfuerzo particular de sus miembros termina revertiendo a la comunidad, parece lógico que las cooperativas contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas destinando un menor porcentaje de sus beneficios regulares o periódicos al pago de impuestos". Mantiene que en estos casos, más que de exención fiscal, cabe hablar de técnica de ajuste para adaptar el régimen tributario a las características y a la capacidad contributiva de estos entes. Únicamente en la medida en que la carga fiscal sea mucho menor que ese gravamen patrimonial derivado de la irrepartibilidad de sus fondos, podemos hablar de incentivo fiscal.

auténtico beneficio o incentivo fiscal. Si se tratara de una técnica de ajuste se podría justificar su diferente fiscalidad respecto de las mutualidades, en las que no existe obligación de destinar excedentes a fondos irrepartibles.

Las técnicas de ajuste pretenden evitar las distorsiones que crearía el sistema fiscal pensado para las sociedades capitalistas; así, como las distorsiones que crea el funcionamiento del mercado que por inercia favorece a éstas últimas. Teniendo en cuenta los tipos impositivos de las cooperativas en el Impuesto sobre Sociedades, se desprende que el 'incentivo fiscal' o 'técnica de ajuste' o 'rebaja fiscal' lo es respecto del carácter mutua de estas entidades; esto es, respecto de los resultados obtenidos en las actividades cooperativizadas con sus socios. Penalizándose los resultados obtenidos de actividades no cooperativizadas que tributan al tipo general, cuando hace tiempo que se ha atenuado el principio de exclusividad³⁹. Si la rebaja fiscal sólo se aplica a los resultados cooperativos no podemos hablar, en consecuencia, de técnica de ajuste, ya que en buena técnica, este ajuste debería aplicarse, si lo fuera, también a los resultados extracooperativos, en los que existe obligatoriedad de destinar el 50 % de los mismos al Fondo de Reserva Obligatorio⁴⁰. ¿Qué justifica, pues, la diferencia de trato fiscal con las mutualidades?

Quizá la respuesta esté en la diferente tributación de los excedentes repartidos por la entidad. Así, todo el beneficio distribuido por la cooperativa tiene la calificación fiscal de dividendo. Para el socio, salvo excepciones, se considera, por tanto, rendimiento de capital mobiliario (si bien está exenta hasta la cuantía de 1.500 euros anuales)⁴¹ y la cooperativa tributa por la totalidad del beneficio. Esta doble imposición de dividendos se atenúa estableciendo un tipo reducido para la parte de los mismos que proceden de actividades cooperativizadas. Respecto de las Mutualidades a prima fija se establece que las derramas activas o retornos que procedan de primas no consumidas, no tendrán la consideración de rendimientos de capital mobiliario para sus perceptores⁴²; lo que se compensaría con un tipo superior respecto el de las cooperativas. No obstante, hay un tipo de cooperativas, las de seguros a prima

39. VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Ed. Civitas, Madrid, 1973, pág. 68, mantiene que "la posibilidad de que la sociedad cooperativa contrate con terceras personas como factor determinante no de su rentabilidad máxima, sino de su eficacia económica, no solamente no representa un obstáculo a la función social que desarrolla si mantiene una determinada política de precios, sino que puede admitirse también en atención a la estimación del cliente habitual como posible futuro socio de la misma y de la comunidad en cuanto tal como verdadero colaborador de la empresa social, de ahí que... las excepciones a este principio no alteren en modo fundamental la esencia de la sociedad cooperativa, siempre que responda a una justificación objetiva".

40. Para un estudio detallado sobre el tema vid. ALGUACIL MARÍ, M.^a P., "Tratamiento fiscal de las cooperativas a la luz del régimen europeo de Ayudas de Estado", CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, n.º 14, 2003.

41. Arts. 28, 29 y 30 de la Ley 20/1990.

42. Art. 9 .2.e) RDLg 6/2004.

fija, en que los retornos procedentes de primas no consumidas no se consideran rendimientos de capital mobiliario y, sin embargo, gozan de una fiscalidad más favorable en el Impuesto sobre Sociedades que las mutuas de seguros.

De lo anterior, se desprende que la tributación más favorable de las cooperativas respecto de las mutualidades no deriva de un método de corrección de la doble imposición de dividendos, desde el momento en que no se aplica a todas las cooperativas; además, no hay que olvidar que ese tipo reducido ya existía cuando existía el mecanismo para corregir la doble imposición interna, luego no era esa su finalidad.

Respecto de la diferencia de trato entre las mutuas de seguros y las cooperativas de seguros, se ha argumentado que la razón de esta forma de proceder del legislador se halla en que las cooperativas tienen mayor implicación con los principios cooperativos tal y como representa el Fondo de Educación y Promoción⁴³. Los fines de este Fondo (al que con carácter obligatorio se han de destinar determinados porcentajes de los resultados de la entidad) son la formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, la difusión del cooperativismo y la promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental. En la Declaración de 1995, aprobada en el XXXI Congreso de la ACI, se señala como principio cooperativo la educación, formación e información a los socios, representantes elegidos, a los directivos y a los empleados como medio para contribuir de forma eficaz al desarrollo de las cooperativas.

Lo cierto es, que el único beneficio fiscal de que gozan las cooperativas protegidas en el Impuesto sobre Sociedades es de un tipo de gravamen reducido respecto del tipo general, lo cual es coherente con los fines sociales que cumplen. Sin embargo, este tipo reducido se establece en atención al carácter mutual de los resultados obtenidos. Si esto es así, nada justifica su diferente tributación respecto de las mutualidades, donde el principio mutual rige en su estado puro.

En el Estatuto de 1969 la fiscalidad favorable de las cooperativas se basó en la protección de las que manifestaran una capacidad económica débil y en la exigencia del principio de exclusividad en toda su pureza. Principio, el de exclusividad, que por lo demás, no ha sido recogido en la Alianza Cooperativa Internacional. Este principio podía operar en un marco representado por un movimiento cooperativo de escasa potencialidad económica. Sin embargo, este principio se replanteó a la luz del marco de una economía social de mercado como la recogida en nuestro Texto

43. En este sentido, CALVO ORTEGA, R., "Entidades de economía social: razones de una fiscalidad específica", en *Fiscalidad de las entidades de economía social. Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, Fundaciones, Asociaciones de Utilidad Pública, Centros especiales de empleo, empresas de inserción social*, Dir. R. Calvo Ortega, Ed. Thomson, Civitas, 2005, pág. 52.

Constitucional. La constitución incide en la cuestión a través de una doble vertiente. Se defiende la libertad de concurrencia y de competencia de la sociedad cooperativa, en un régimen de competencia libre y real (arts. 9.2 y 38 CE). Y, el art. 129 CE ordena el fomento de la cooperación. Logro que sería difícilmente alcanzable si se exigiese el cumplimiento del principio de exclusividad en toda su extensión. Precisamente para mantener sus valores sociales, la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a su naturaleza cooperativa. Y, así lo entendió la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas⁴⁴. Así, la legislación sustantiva de 1987 contempló la posibilidad de operar con terceros, siempre bajo condiciones y límites precisos que no desvirtuaran los principios cooperativos, para dotarlas de mayor competitividad y eficiencia. La misma previsión se contempla en el art. 4 de la L27/1999, de Cooperativas. Bien es cierto, que este avance recogido en su regulación sustantiva, es prácticamente inoperativo debido a la norma fiscal que recorta la posibilidad de operar con terceros. No sucede lo mismo con las mutualidades, puesto que las entidades aseguradoras deben limitar su objeto social a la actividad aseguradora y a las operaciones definidas en el art. 3.1 de la RDLg 6/2004, con exclusión de cualquier otra actividad comercial, cuyo ejercicio queda prohibido.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSIBLE EXENCIÓN DE LAS MPS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El principio de distribución de los excedentes entre los socios en proporción a su participación en la actividad principal de la empresa, y no en función del capital que hayan aportado, y el del interés limitado al capital denota una ausencia de lucro en las empresas de participación. Sin embargo, cuando se habla de entidades pertenecientes al Tercer Sector, entre las que se incluye a las empresas de participación, se suele destacar la ausencia de ánimo de lucro, y se identifica esta ausencia con la regla de reinversión de todo el excedente generado en la actividad⁴⁵.

44. FUSTER ASENCIO, C., "Algunas cuestiones en torno a la tributación de las cooperativas en el ITP y AJD", JT, n.º 3, 2000.

45. Es ya clásica la distinción entre lucro objetivo y lucro subjetivo. Se hace referencia al lucro objetivo el hecho de que no corresponda a su objeto típico la obtención de lucro mediante una actividad económica; y se considera ausencia de lucro subjetivo cuando el fruto obtenido por el desarrollo de una actividad económica se destina exclusivamente a la realización de fines colectivos y no al reparto entre los asociados. Vid., entre otras, PEDREIRA MENÉNDEZ, J., El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo. Comentarios a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, Thomson-Civitas, 2003; y "El IVA y el sector no lucrativo: análisis particular de las exenciones", JT, n.º 7 y 8, 2005.

Se establece en el art. 9.3.a) LIS la exención parcial de las entidades e instituciones sin ánimo de lucro no incluidas en el ámbito de la Ley 49/2002. Esta exención parcial y objetiva se extiende a las rentas que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica; las adquisiciones y transmisiones a título lucrativo; y a las transmisiones onerosas. Quedan excluidas, por tanto, las rentas que deriven de actividades que no constituyan su objeto social.

Se ha mantenido que las mutualidades de previsión social estarían incardinadas en este precepto⁴⁶. De acuerdo con este planteamiento, estarían exentas, las rentas procedentes del ejercicio de su objeto social. El resto, debería tributar al 25% (art. 28.2.a) LIS). Frente a las cooperativas protegidas, que tributaran al 20% respecto de los resultados cooperativos y al 30% respecto de los extracooperativos (art. 28.3 LIS), un tratamiento más desfavorable que para las MPS. Sin embargo, varios motivos avalan una propuesta contraria. Comenzando por el propio iter legislativo. Conforme a la Ley 61/1978 los montepíos y mutualidades de previsión social estaban parcialmente exentos del IS⁴⁷, exención que desapareció cuando se las incorporó al mercado asegurador; también lo estaban las entidades sin ánimo de lucro. La regulación posterior suprimió la referencia a los montepíos y MPS y mantuvo la exención parcial para las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Es más, el art. 28 LIS al establecer los tipos de gravamen diferencia por un lado las MPS (25%) y las entidades sin fines lucrativos a las que no les sea de aplicación el régimen fiscal de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (25%), con lo que no las entiende incluidas en este apartado. Partiendo de que en las MPS la condición de mutualista es inseparable de la de tomador de seguro y que sólo pueden realizar las actividades previstas en el art. 3.1 del RDLg 6/2004, es claro que los rendimientos que perciba serán siempre los derivados de su objeto social o finalidad específica y tributará al 25%, conforme a la legislación vigente.

Ahora bien, aunque no gocen de esa exención parcial en el Impuesto sobre Sociedades, se puede defender el carácter no lucrativo de las MPS. El RDLg 6/2004 exige que las MPS carezcan de ánimo de lucro (art. 64.3.a)). Pero, también desde el enfoque de la economía social. E incluso se podría defender desde el enfoque de las NPO.

46. VAQUERA GARCÍA, A., "Tributación de las mutuas generales, mutualidades de previsión social, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en *Fiscalidad de las entidades de economía social. Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, Fundaciones, Asociaciones de Utilidad Pública, Centros especiales de empleo, empresas de inserción social*, Dir. R. Calvo Ortega, Ed. Thomson, Civitas, 2005, págs. 269 y 270.

47. Existía un debate doctrinal y administrativo. Frente al criterio administrativo, doctrinalmente se defendía que los rendimientos procedentes de las inversiones que efectúan, con arreglo a las provisiones técnicas dotadas, forman parte de su actividad de seguros, y son inseparables.

Tres son los significados desde los cuales puede analizarse el carácter no lucrativo de una determinada organización; atendiendo al principio de no distribución de beneficios, al carácter no mercantilizado de la entidad y al sentido finalista del carácter no lucrativo. El primero de ellos se refiere al sistema de reparto que ha de seguir la entidad, conforme al cual la entidad no puede distribuir beneficios, sino que ha de reinvertirlos: Principio de no Distribución de Beneficios (PNDB). De acuerdo con esta acepción se excluyen del Tercer Sector las organizaciones que distribuyen beneficios o excedentes a sus socios bajo cualquier modalidad (incluidos los retornos cooperativos).

Se considera que una entidad no tiene ánimo de lucro (subjetivo), aunque desarrolle una actividad económica, cuando los rendimientos derivados de esa actividad se destinan exclusivamente al cumplimiento de los fines colectivos, sin que quepa su distribución entre los asociados⁴⁸.

A este respecto, se mantiene por un importante sector de la doctrina⁴⁹, con relación a las cooperativas, que sólo serán consideradas lucrativas cuando realicen actividades económicas con terceros no socios (actividades no cooperativizadas o ajenas a la mutualidad) y las ganancias obtenidas por ellas se distribuyan entre sus socios. En estos supuestos no hay diferencia con las sociedades mercantiles. No obstante, cuando desarrollen actividades no cooperativizadas con terceros no socios, y éstas ganancias no se distribuyan entre los socios, sino que se reinviertan en fondos irrepartibles, podrían ser consideradas entidades no lucrativas⁵⁰.

Se afirma, que la regla de no distribución del beneficio y de reinversión del mismo tiene como finalidad asegurar que los excedentes se empleen en provecho de los beneficiarios de la actividad, evitando un posible reparto de los mismos del que se beneficiarían otras categorías de sujetos. Pero que esta regla no tiene sentido cuando

48. Así, por ejemplo, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en su art. 13.2 declara que los "beneficios obtenidos por las asociaciones derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo". Destacar que se exige la reinversión únicamente de los resultados de actividades económicas, por tanto no derivados de su objeto social.

49. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y...", op. cit., pág. 17.

50. El TJCE en su Sentencia de 21 de marzo de 2002 (TJCE 2002, 126) declaraba que "la apreciación de si un organismo actúa sin fin lucrativo, (...), ha de efectuarse a la luz del objetivo perseguido por éste. De tal modo que el organismo no debe aspirar a obtener beneficios para sus socios, en contra de la finalidad de cualquier empresa mercantil, pero ello no le impide actuar en el mercado". Continúa diciendo que si una entidad se califica como no lucrativa el hecho que obtenga beneficios "aun cuando intente conseguirlos o los genere sistemáticamente, no permite poner en entredicho su calificación inicial mientras los beneficios no se distribuyan a sus socios en concepto de ganancias. Evidentemente a estas entidades no se les prohíbe cerrar el ejercicio con un saldo positivo. De lo contrario, resultaría imposible para ellas el crear reservas para sufragar el mantenimiento y las mejoras futuras de sus instalaciones".

los beneficiarios tienen la capacidad de gobernar la organización, que es el caso de las empresas de participación⁵¹.

La realidad española demuestra que si bien no se recoge el 'principio de no distribución de beneficios' en la normativa que regula las cooperativas, es cierto que el desarrollo legislativo se aproxima bastante a éste, al establecer que los beneficios se destinen obligatoriamente en un porcentaje a Fondos irrepartibles (Fondo de Reserva Obligatorio y Fondo para la Formación y la Promoción del Cooperativismo)⁵².

Un argumento similar podría mantenerse respecto de las mutualidades. Éstas, en general, no suelen distribuir beneficios entre los mutualistas, luego estarían incluidas en el sector no lucrativo, conforme al enfoque de las NPO. Perderían esta cualidad, si de alguna manera distribuyeran excedentes a los mutualistas?.

Hay que traer a colación el tratamiento que se le da a la devolución o extorno de las primas en el ámbito tributario. En este campo, esos extornos no tienen la calificación jurídica de 'obtención de renta'. Así, la devolución o extorno de las primas no consumidas o que traigan causa de una modificación del riesgo del contrato de seguro no se consideran distribución de resultados⁵³, por lo que no se integran en la base imponible del mutualista. Por tanto, si conforme a la norma propiamente tributaria no son beneficios gravables, no estamos en presencia de la distribución de beneficios y, consecuentemente, por este motivo no se le puede privar a la entidad de su carácter de no lucrativa.

La cuestión se plantea respecto de las derramas activas que no procedan de primas no consumidas y respecto de los intereses percibidos por las aportaciones al Fondo mutual. En estos supuestos, los resultados distribuidos se integran en el IRPF del mutualista como rendimientos del capital mobiliario, participación en fondos propios de la entidad, sujetos a retención. Desde el 1 de enero de 2001 están exentos hasta la cuantía de 1.500 euros anuales (art. 7.y) LIRPF).

Respecto de los intereses percibidos por aportaciones al fondo mutual, se establece que los mutualistas que hayan realizado aportaciones para constituir este fondo podrán percibir intereses no superiores al interés legal del dinero, y únicamente podrán obtener el reintegro de las cantidades aportadas cuando causen baja o cuando lo acuerde la asamblea general por ser sustituidas con excedentes de los

51. MORENO RUIZ, R., "Las mutualidades:...", op. cit., pág. 143.

52. PÉREZ GINER, F., La economía social:..., op.cit., señala que la economía social integra dos subsectores. El subsector de mercado, formado por empresas con organización democrática y con una distribución de beneficios no vinculada al capital aportado por el socio. Integrarían este subsector, entre otras formas jurídicas, las cooperativas, las sociedades laborales, las sociedades agrarias de transformación, las mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. Y, el subsector de no mercado, formado por entidades privadas sin ánimo de lucro al servicio de los hogares, tales como las asociaciones y fundaciones.

53. Conforme al art. 9.2.e) RDLg 6/2004, la derrama activa o retorno, en cuanto proceda de primas no consumidas, no se considera rendimiento de capital mobiliario.

ejercicios (art. 9.2.c) RDLg 6/2004)⁵⁴. La limitación al interés legal del dinero pone de manifiesto que con ello se pretende evitar distribuir beneficios en función del capital, lo que denota que no se trata de entidades en las cuales invertir para obtener beneficios. Y, respecto de las derramas activas, en cuanto distribución de excedentes, eventuales por lo demás, esa distribución les haría perder su calificativo de entidad sin ánimo de lucro?

Creemos que no⁵⁵. No se trata del reparto de un beneficio empresarial. Creemos que el no reparto, y consecuente reinversión, deben venir referidos únicamente a rendimientos procedentes del ejercicio de actividades económicas. Esto es, cuando una entidad actúa en el mercado, sujetándose a las reglas de éste, para obtener un beneficio con el que poder atender sus fines sociales. Precisamente en estos supuestos, la reinversión pone de manifiesto el carácter no lucrativo de la entidad. Por tanto, la cuestión se reconduce al concepto de actividad económica. Éste, como sabemos, no se vincula con la ausencia de lucro, sino con el hecho de que se opere en el mercado⁵⁶. Así, una entidad sin ánimo de lucro que opere en el mercado, se considera que desarrolla una actividad económica, a efectos de considerar aplicable el régimen de la competencia, pero el hecho de que no opere en el mercado pone de manifiesto todo lo contrario.

Lo que enlaza con la segunda perspectiva desde la que se puede analizar el carácter no lucrativo de una entidad; la de considerar su carácter mercantilizado; esto es, si operan en el sector de mercado, conforme a las reglas de juego propias de éste. Teniendo en cuenta que las MPS sólo pueden realizar operaciones con los propios mutualistas, y no con terceros, se les impide el acceso al mercado (principio de exclusividad); precisamente de esta característica se deriva el carácter no lucrativo de las mismas. Al no tener relaciones con terceros, y limitar sus operaciones a la gestión de relaciones mutuas entre los mutualistas, se encuentran fuera del mercado y, por tanto, fuera de cualquier intención de lucro⁵⁷.

54. El art. 64.3 RDLg 6/2004, declara de aplicación a las MPS las letras c, e, f y g del art. 9.2 de la misma norma.

55. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y...", op. cit., pág.21, consideran que muchas mutualidades pueden ser excluidas del sector no lucrativo en la medida que apliquen parte de sus beneficios a retornos a los mutualistas bajo la modalidad de descuentos en las primas posteriores.

56. Así, por ejemplo, la Comisión Europea en la Decisión de 16 de septiembre de 1997, Asunto GAV, considera aplicable las normas a una entidad sin ánimo de lucro que operaba en el mercado; y el Tribunal, en la Sentencia *Ambulanz Glöckner*, de 25 de octubre de 2001 consideró que el hecho de que una actividad la desarrolle una entidad sin ánimo de lucro, no resulta óbice para que se califique de actividad económica.

57. El Tribunal Europeo considera que el carácter exclusivamente social de una actividad, que se desprende tanto de su finalidad, como de la ausencia de relación entre las prestaciones realizadas y la contraprestación del receptor de las mismas, no actúa como una empresa. Vid. Sentencia *Ambulanz Glöckner*, de 25 de octubre de 2001.

La tercera acepción de la no lucratividad hace referencia al sentido finalista del carácter no lucrativo. Se pone el acento en la persecución de objetivos distintos al de lucro, entendido éste como la maximización en la obtención de beneficios, al objeto de ser repartidos entre los socios⁵⁸. Finalidad social frente a finalidad lucrativa. Se hace difícil mantener el ánimo de lucro de estas organizaciones, cuando intervienen en el mercado para conseguir fondos con los que cumplir sus fines sociales, sin pretender maximizar beneficios. Uno de los principios de la economía social es la 'finalidad de servicio a sus miembros o a la colectividad antes que de lucro'. Con ella, se pretende dar respuesta a las necesidades básicas de la población, de ahí que se afirme que las entidades pertenecientes a la Economía social son portadoras de un interés social. Consecuentemente, conforme a este significado de la no lucratividad, también las mutualidades de previsión social estarían incluidas en el sector no lucrativo⁵⁹.

Así, el carácter lucrativo derivaría de la intervención en el mercado con el ánimo de obtener unos beneficios que distribuir a los socios; pero no de las operaciones que se realizasen en el ámbito de no mercado.

La cuestión que aquí se plantea es la diferencia de trato respecto de otras entidades sin ánimo de lucro. Así, en el art. 9 LIS se establece la exención parcial de las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que le sea de aplicación la Ley 49/2002; y la exención parcial de las entidades e instituciones sin ánimo de lucro no incluidas en el ámbito de la ley referenciada, a las que además se les permite operar en el mercado. ¿Qué justifica ese diferente trato fiscal?. Más grave, aun, en el caso de entidades sin ánimo de lucro no declaradas de utilidad pública. Nos encontramos con entidades de este tipo que no cumplen ninguna función social (pej. una asociación de cazadores) y que, sin embargo, están parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, frente a las MPS que además de entidades sin ánimo de lucro, cumplen una finalidad marcadamente social. ¿Qué impide extender la exención a las MPS?.

58. En el mismo sentido, ARGUDO PÉRIZ, J. L., "El tercer sector...", op. cit., pág. 250, quien afirma que el criterio mantenido por los estudios de Economía social es "el de no considerar la "no lucratividad" como un criterio dogmático excluyente, sino más bien el de no maximización de la rentabilidad del capital, para poder incluir a este grupo de empresas de carácter mercantil, pero diferente a las empresas capitalistas clásicas".

59. CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y...", op. cit., pág. 21.

V. CONSIDERACIONES RESPECTO AL IVA

En el IVA están exentas las operaciones de seguro, reaseguro y capitalización (art. 20.Uno.16.ª LIVA).

La Sexta Directiva sobre el IVA ha representado durante más de treinta años la base del sistema común europeo del IVA. El 1 de enero de 2007 entraba en vigor la nueva Directiva de IVA 2006/112/CEE, que básicamente no alteró su contenido. Actualmente existe una propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros, que modifica los artículos 135.1. a) a g) y 137.1.a) y 2 de la Directiva de 2006. Lo que ha motivado una nueva propuesta de modificación han sido las diversas distorsiones que esa exención ha producido.

El carácter pernicioso de las exenciones es que la operación exenta supone la inexistencia de gravamen y, por tanto, no se produce la repercusión. La exención origina la pérdida del derecho a deducir las cuotas soportadas, lo que origina que se incrementen los precios finales para recuperar el IVA que no se han podido deducir.

Dentro de la propensión hacia una integración de los mercados financieros europeos y la búsqueda de una mayor eficiencia y competitividad, los operadores de servicios financieros y de seguros están, progresivamente, adoptando nuevos modelos de negocio. Ello les permite centralizar o externalizar tareas administrativas y de apoyo en los denominados 'centros de excelencia' que realizan horizontalmente esas tareas para grupos de operadores, obteniendo, así, una mayor calidad a un mejor precio. No obstante, esos servicios están sujetos a IVA. Ello produce un efecto dominó por cuanto estos operadores de seguros no pueden deducirse el IVA soportado, sino que para ellos supone un mayor coste. Se denuncia la falta de neutralidad en el IVA. Con relación a la exención en el IVA para las operaciones financieras y de seguros lo que pretendía ser un beneficio fiscal ha derivado en un efecto pernicioso. De modo, que aplicando el IVA podría abarataarse el coste de las operaciones financieras y de seguros, pues se harían deducibles las cuotas soportadas por las entidades financieras y de seguros. La opción de tributar suprimiría el IVA oculto y abarataría los costes, por lo que podrían ofrecer sus productos a un menor coste.

El segundo problema con el que nos topamos es que las definiciones de los servicios financieros y de seguros exentos de IVA están anticuadas. No existe una distinción clara entre productos exentos e imponibles, y no existe un método aceptado en toda la Comunidad para determinar cuál es el IVA soportado que puede recuperarse. Por tanto, la exención no se aplica de un modo uniforme en los Estados miembros.

Por todo ello, la propuesta de Directiva pretende, por un lado, conseguir en los Estados miembros una aplicación más uniforme de la exención del IVA, logrando una mayor seguridad jurídica y reduciendo las cargas administrativas de los operadores económicos y las autoridades fiscales.

Y, por otro, con el objetivo de lograr una mayor neutralidad en el IVA, la Propuesta acoge la ampliación de la opción tributar y para evitar la creación de IVA no recuperable aclara y amplía la exención del IVA para los mecanismos de reparto de costes, incluidos los transfronterizos. Estos instrumentos reducirán el impacto del IVA oculto en los costes de los operadores de servicios financieros y de seguros, mejorando la competitividad del sector.

Sin embargo, las MPS son entidades aseguradoras, pero también son entidades con un marcado componente social que las hace merecedoras de una fiscalidad reducida. La modificación de la Directiva sujetando las operaciones de las entidades aseguradoras tendría distintos efectos según quién fuera el sujeto pasivo. Así, las entidades sin ánimo de lucro están subvencionando los servicios a sus asociados, por lo que la sujeción al IVA les resultaría desventajosa, porque van a tener dificultades para repercutir el IVA o para absorber el coste de la repercusión no hecha. Por tanto, para estas entidades la solución debe ser otra. También en el IVA debe tenerse en cuenta el perfil de estas entidades y permitirles deducir el IVA soportado, sujetando las actividades con sus miembros a un tipo superreducido o a tipo 0⁶⁰.

VI. CONCLUSIONES

Desde la triple perspectiva que se ha abordado el estudio de las MPS, como sistemas de previsión social, como entidades aseguradoras y como organizaciones pertenecientes a la Economía social, se llega a las mismas conclusiones. Las MPS deben gozar de un tratamiento fiscal incentivador que las equipare en cuanto a la fiscalidad con los planes y fondos de pensiones. Nada justifica, dado que ambos son sistemas complementarios del sistema público de la Seguridad Social, una diferencia de trato, favorecedora para estos últimos, desde un punto de vista fiscal.

Y, como entes pertenecientes a la Economía social cumplen una finalidad social que *per se* justifica una fiscalidad específica. Por tanto, nada justifica una diferencia de trato con las cooperativas portadoras, también, de ese interés social. Razones históricas han podido avalar la diferente tributación de estas organizaciones, pero actualmente la aplicación del principio mutual conduce a soluciones distintas.

60. Como indican ALGUACIL MARÍ, M.ª P., MONZÓN, J. L., MURGUI, S., BONET, P. El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y las entidades del tercer sector de acción social en la Comunidad Valenciana, CIRIEC-España, 2007, págs. 81 y ss, puesto que los servicios, sería desventajosa para ellas, al tener que asumir el coste del IVA no repercutido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUACIL MARÍ, M.ª P., "Tratamiento fiscal de las cooperativas a la luz del régimen europeo de Ayudas de Estado", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 14, 2003, págs. 131 a 181.
- ALGUACIL MARÍ, M.ª P., *La Tributación de las Sociedades Laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- ALGUACIL MARÍ, M.ª P., MONZÓN, J. L., MURGUI, S., BONET, P. *El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y las entidades del tercer sector de acción social en la Comunidad Valenciana*, CIRIEC-España, 2007.
- ALONSO RODRÍGUEZ, E., "Reflexiones sobre las posibles implicaciones fiscales de la nueva legislación cooperativa", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 32, 1999.
- ARGUDO PÉRIZ, J. L., "El tercer sector y Economía Social. Marco Teórico y situación actual", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 15, 2002.
- BAREA, J., y MONZÓN, J. L., "La economía social en España", en DEFOURNY, J./MONZÓN, J. L. (dir.) *Economía social. Entre economía capitalista y economía pública*, Ciriec-España, Valencia.
- BATALLER GRAU, J., "La desregulación de los seguros privados", *Revista española de los seguros. Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, n.º 97, 1999.
- CALVO ORTEGA, R., "Entidades de economía social: razones de una fiscalidad específica", en *Fiscalidad de las entidades de economía social. Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, Fundaciones, Asociaciones de Utilidad Pública, Centros especiales de empleo, empresas de inserción social*, Dir. R. Calvo Ortega, Ed. Thomson, Civitas, 2005.
- CHAVES ÁVILA, R., "La economía social como enfoque metodológico, como objeto de estudio y como disciplina científica", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 33, 1999.
- CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Las cooperativas en las modernas economías de mercado", *Economistas*, n.º 83, 2000.
- CHAVES, R./MONZÓN, J. L., "Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 037, 2001.
- COLLADO YURRITA, M. A., "La justicia tributaria en la Constitución europea", *CT*, n.º 117, 2005.
- DE LUIS ESTEBAN, J. M., "Presente y futuro de la fiscalidad de las cooperativas", *HPE*, n.º 93.
- FUSTER ASENCIO, C., "Algunas cuestiones en torno a la tributación de las cooperativas en el ITP y AJD", *JT*, n.º 3, 2000.

- HERRAIZ, C., "Las pensiones de las mutualidades de previsión social en España", tema de Portada, marzo, 2005.
- MORENO RUIZ, R., "La génesis del mutualismo moderno en Europa", *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, n.º 72, 2000.
- MONTERO SIMÓ, M., "El Régimen fiscal de las sociedades cooperativas: cuestiones en revisión", *Civitas, REDF*, n.º 135, 2007.
- MONTERO SIMÓ, M., "Beneficios fiscales aplicables a las cooperativas en el Impuesto sobre sociedades", *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 13, 2002.
- MONTERO SIMÓ, M., *Análisis jurídico tributario de la sociedad cooperativa*, Desclee de Brouwer, 2005.
- MORENO RUIZ, R., "Las mutualidades: empresas de participación en la actividad aseguradora y de previsión social", *Economistas*, n.º 83, 2000.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo. Comentarios a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Thomson-Civitas, 2003; y "El IVA y el sector no lucrativo: análisis particular de las exenciones", *JT*, n.º 7 y 8, 2005.
- PÉREZ GINER, F., *La economía social: concepto y entidades que comprende*, CIRIEC-España, Cuaderno de Trabajo, n.º 17.
- RODRIGO RUIZ, M. A., "Mandato constitucional de fomento y fiscalidad de las cooperativas", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, extraordinario, noviembre, 2003.
- SÁEZ FERNÁNDEZ, F.; GONZÁLEZ GÓMEZ, F.; y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., "Cooperativas, sociedades laborales y mutualidades de previsión social: 25 años de progreso de la economía social de mercado bajo la constitución de 1978", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 47, 2003.
- SAJARDO MORENO, A., "Régimen jurídico-fiscal del sector no lucrativo de la economía social", *Palau* 14.
- VAQUERA GARCÍA, A., "Tributación de las mutuas generales, mutualidades de previsión social, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en *Fiscalidad de las entidades de economía social. Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, Fundaciones, Asociaciones de Utilidad Pública, Centros especiales de empleo, empresas de inserción social*, Dir. R. Calvo Ortega, Ed. Thomson, Civitas, 2005.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Ed. Civitas, Madrid, 1973.
- VICENT CHULIÁ, F., "Situación actual de las cooperativas en el marco constitucional español: legalidad autonómica, estatal y fiscal", *Rev del CIRIEC*, n.º extraordinario, octubre 1987.

VVAA, ALGUACIL MARÍ, P.; CALVO VERGEZ, J.; CUBEDO TORTONDA, M.; DE LUIS ESTEBÁN, J. M.; GARCÍA CALVENTE, Y.; LUCAS DURÁN, M.; RUIZ GARIJO, M.; VAQUERA GARCÍA, A.; CALVO ORTEGA, R. (Dir.), *Fiscalidad de las entidades de economía social*, Civitas, 2005.