



Facultad de Derecho Icade.

Régimen Fiscal De Concentración de Empresas.

Alumno: Miguel Merino Gil

Tutor: Eva Gil Cruz.

Curso: 4º E1 Negocios.

Área: Derecho Fiscal.

Madrid

Abril 2014

Resumen:

En este trabajo se estudia el régimen fiscal de las operaciones de reestructuración en nuestro ordenamiento jurídico. Se analiza cada una de éstas operaciones desde el punto de vista fiscal, investigando sobre su problemática actual. También se explica cada uno de los impuestos que afectan a estas operaciones, así como el derecho comparado y la cláusula anti-abuso GAAR. Finalmente se explica parte de la teoría con supuestos prácticos.

Palabras clave:

Clausula GAAR.
Motivos económicos válidos.
Cesión de activo y pasivo.
Diferimiento.

Unidad económica autónoma.
Rama de actividad.
Segregación.
Operaciones de reestructuración.

Keywords:

Gaar Clause.
Valid Economic reasons
Global assignment of assets and liabilities.
Deferral.

Independent Economic Unit.
Line of business.
Segregation.
Operations in corporate restructuring.

Abstract:

In this project, we study the tax treatment of restructuring operations in our legal system. We analyze each of these operations from the tax point of view, investigating their current problem. It also explains each of the taxes affecting these operations, comparative law and anti-abuse clause GAAR. Finally, it explains part of the theory with practical cases.

Índice:

Capítulo I: Introducción, consideraciones previas.....pág 2

- Introducción a diversas operaciones de reestructuración.
- La supresión de los Gravámenes sobre la concentración de capitales.

Capítulo II: Problemática actual del régimen de concentración de empresas.....pág 9

- Algunas operaciones que pueden ser controvertidas en la aplicación del régimen fiscal especial.

Capítulo III: Transversalidad Impositiva del Régimen de concentración de Empresas...pág13

- Fusiones.
- Escisiones.
- Ramas de actividad.
- Canje de Valores.
- Contenido del Régimen Fiscal Especial.
- Efectos del Régimen fiscal Especial.
- ITP-AJD.
- IVA.
- IS.
- IIVTNU.

Capítulo IV: Derecho Comparado en EEUU y Cláusula anti-abuso.....pág 31

- Régimen fiscal en EEUU.
- Clausula Anti-abuso.

Capítulo V: Práctica.....pág 35

Conclusiones.....pág 41

TÍTULO I . INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores, se las clasifica como un conjunto de operaciones con la finalidad de llevar a cabo procesos de concentración o también llamados de reestructuración empresarial.

En la actualidad, dichas operaciones de concentración o reestructuración son más frecuentes, debido a diversos factores como, mayor competencia y globalización económica, factores que contribuyen a fomentar estos procesos.

Al realizarse dichas operaciones, cabe la posibilidad de que se originen rentas en todos los sujetos intervinientes¹, causados por los incrementos o diferencias de valor en sus respectivos patrimonios, pudiendo ser susceptibles de quedar sometido a diversos impuestos o gravámenes como el impuesto de sociedades.

Estos procesos, han sido considerados desde siempre como acontecimientos beneficiosos para la economía social, hecho por el cuál el legislador trata de incentivar estas operaciones a través de diversas fórmulas, tratando así de que la fiscalidad pudiese suponer un freno a su realización. Una de éstas fórmulas consiste en bonificar la tributación de los incrementos originados con motivo de la operación de fusión. Esta fórmula ya venía recogida en la antigua ley 76/1980, de 26 de Diciembre, de Régimen fiscal de las fusiones de empresas, en dicha ley se recogía un régimen de bonificación del 99% de la cuota correspondiente a los incrementos de patrimonio que tenían lugar con la realización de dicha operación. Se trataba de una cuasi exención, con la clara intención de fomentar ésta operación.

Otra fórmula eficaz, ha sido la de diferir la tributación sobre las plusvalías que puedan generarse en éstas operaciones. La antigua ley 29/1991, de 16 de Diciembre de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, en aplicación de la Directiva 90/434/CEE, de 23 Julio de 1990, reguladora del

¹ La Dirección General de Tributos (DGT) en la contestación a la consulta de 10 de Diciembre de 2009, en el que se planteaba la posibilidad de fusión de cajas de ahorros mediante la creación de una nueva entidad con igual forma jurídica de caja de ahorros o mediante fusión por absorción, de conformidad con lo establecido en el artículo 83.6 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de Marzo. De tal forma, que aunque las cajas de ahorros, no tienen forma mercantil, en tanto en cuanto se tratan de sujetos pasivos del IS, las operaciones realizadas tendrán los mismos efectos que una fusión por constitución de nueva sociedad o por la fusión por absorción en el ámbito mercantil. Dichas operaciones no pueden extenderse al ámbito de las cajas de ahorros, pues éstos no existen en el ámbito de las cajas de ahorros. Se entiende que este tipo de operaciones planteadas cumplen los requisitos del artículo 83. Del Texto Refundido de la ley del Impuesto de sociedades y por tanto es aplicable el régimen especial.

régimen fiscal de las fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial, proporcionó un cambio sustancial en la concepción de la fiscalidad en estos procesos.

Debe darse opción a los interesados para que puedan diferir la tributación de los incrementos manifestados hasta el momento de su materialización futura es decir, cuando se trasmitan a terceros los bienes. Además, se concede la posibilidad de renunciar a estos diferimientos y tributar de forma normal por las rentas que resulten obtenidas. Este preciso régimen, el del diferimiento en la tributación sobre las plusvalías, el que se regula en el Real Decreto Legislativo 4/2004 en El capítulo VIII de su título VII en los artículos 83 a 96.

En el régimen general, estos procesos de reestructuración empresarial, originan una obligación en dos obligados tributarios. Por un lado, en las sociedades transmitentes, dichas sociedades han de integrar en su base imponible del ejercicio en el que se produzca la operación societaria, la diferencia entre el valor de mercado de aquéllos elementos transmitidos y su valor contable, todo ello previsto en el artículo 15.3 TRLIS. En segundo lugar, los socios de dichas sociedades transmitentes, en cuya base imponible deberá figurar, dentro del ejercicio en el que se produzca el canje de valores, la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos de la sociedad adquirente y el valor contable de los valores entregados por la sociedad transmitente, dispuesto en el artículo 15.7 del TRLIS.

El régimen especial, se encuentra regulado en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS en los artículos 83 a 96, cuyo precedente fue la ley 29/1991, en aplicación de la Directiva 90/434/CEE², relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportación de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros de la Unión Europea.

La aplicación de este régimen especial queda condicionada al cumplimiento de dos requisitos imprescindibles. Dichos requisitos están regulados en el artículo 96 del TRLIS. Su opción por el mismo régimen especial y su comunicación a la Administración. Debe dejarse claro que dicho régimen no puede emplearse con la finalidad principal de fraude o evasión fiscal, teniendo que estar respaldada por motivos económicos lícitos.

² Ésta Directiva permitió a los Estados miembros que en caso de fraude o evasión fiscal, pudiesen inaplicar el beneficio fiscal del régimen de fusiones.

La audiencia Nacional en su Sentencia de 13 de Octubre de 2009, subraya el carácter necesario del ejercicio de la opción mediante la comunicación expresa al Ministerio de Economía y Hacienda, antes de la inscripción de la escritura.

1.1. Introducción a las diversas Operaciones de Reestructuración:

Fusión:

La fusión es una operación mediante la que se integran en una sola sociedad los patrimonios pertenecientes a distintas sociedades. Por tanto, dicha operación produce los siguientes efectos:

- 1.- la transmisión en bloque y por sucesión universal de los activos y de los pasivos de las sociedades absorbidas
- 2.- su disolución sin liquidación
- 3.- la continuidad en la participación de sus socios mediante el canje de su participación en ellas por una parte que es proporcional del capital de la sociedad resultante de la operación.

Desde el punto de vista económico, estamos ante una concentración de empresas. Esta concentración tiene como finalidad, la integración de patrimonios económicos separados con el objetivo de formar masas patrimoniales mayores que permitan un mejor desarrollo de los fines sociales que se pretenden conseguir.

También la normativa³ define la fusión como la operación por la que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que pueden ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

³ El artículo 22 de Ley 3/2009, de 3 de abril de modificaciones estructurales (LME).

Escisión:

La escisión se divide en tres figuras: La escisión total, parcial y segregación. **La escisión total** es definida⁴ como la operación por la que se extingue una sociedad con división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se trasmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios una serie de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

La escisión parcial definida⁵ como la operación por la que se traspasa en bloque y por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuáles tiene que formar una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Para ello la sociedad escindida deberá reducir su capital en la cuantía necesaria.

Por último la LME prevé una nueva modalidad de escisión, **la segregación**. Definida⁶ como la operación mediante la que se traspasan en bloque, por sucesión universal, una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales debe constituir una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada, y no los socios, acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria.

Aportación no dineraria:

La aportación no dineraria de rama de actividad, consiste en una operación que tiene por objeto aportar a una sociedad elementos patrimoniales que conformen una unidad económica autónoma, mejor dicho, un conjunto capaz de funcionar por su propia cuenta, a cambio de títulos de la sociedad beneficiaria, que pueden provenir de una emisión como consecuencia de la aportación, o bien porque la sociedad disponga de autocartera suficiente como para compensar dicha aportación.

⁴ El artículo 69 de (LME).

⁵ En el artículo 70 de (LME).

⁶ En el artículo 71 de (LME).

La aportación no dineraria de rama de actividad⁷ por una sociedad, puede hacerse tanto a una sociedad preexistente como a una sociedad de nueva creación. Ésta se diferencia de la segregación, ambas responden a una identidad formal y funcional que hace más difícil su distinción. Únicamente su distinto régimen jurídico, la necesidad de seguir el procedimiento de la LME (la necesidad de elaborar un proyecto, un informe de los administradores, la intervención de la junta general de las sociedades segregada y beneficiaria)., además el efecto de que en la segregación, la transmisión de la parte segregada se produce en bloque por sucesión universal.

Canje de valores:

La operación de canje de valores está definida⁸ como:

“Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”

Para la aplicación del régimen fiscal especial de neutralidad fiscal, debe cumplirse dos requisitos adicionales⁹:

1.- Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español, o en algún otro estado de la unión europea, o el de cualquier otro estado, siempre que, en este caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

⁷ Son objeto de regulación en el artículo 83.2 TRLIS, a diferencia de lo que sucede con las escisiones (totales, parciales y financieras), recogidas en el apartado 2 del citado precepto. Por tanto no parece, en consecuencia, que la intención del legislador haya sido asimilar la aportación no dineraria de rama de actividad a las escisiones.

⁸ En el artículo 83.5 (TRLIS).

⁹ Recogidos en el artículo 87.1 (TRLIS).

2.- Que la entidad que adquiriera los valores sea residente en territorio español o comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 de la unión europea.

Cesión Global de activo y pasivo:

La cesión global de activo y pasivo, es definida¹⁰ como aquella operación por la que una sociedad inscrita transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a uno o varios socios o a terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Por tanto, no se establece otra limitación, esta contraprestación puede ser dineraria, no dineraria y mixta.

En esta operación hay que tener en cuenta que cuando una sociedad se extingue transmitiendo en bloque a la sociedad que posee la totalidad de las acciones o participaciones o bien cuotas correspondientes a aquella,¹¹ calificando ésta operación como asimilada a la fusión. No obstante, en el caso de que el socio sea una persona física, no será admisible ya que, estaríamos en presencia de una liquidación de la entidad¹².

Finalmente esta variación de significado experimentada, cambia el contenido de la figura de la cesión global de activo y pasivo, rompiéndose con la tradicional concepción de esta institución entendida como un simple sistema liquidatorio, calificándose más como un instrumento de transmisión de empresas.

La supresión de los gravámenes sobre la concentración de capitales:

La Directiva 2008/07/CE, 12 de Febrero, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, sustituyendo la Directiva 69/335/CEE del Consejo, establece una serie de reglas comunes para una serie heterogénea de gravámenes (impuestos, que presentan la forma de derechos de timbre y registro, grava la constitución de sociedades y los aumentos de capital, emisión de acciones y obligaciones, es decir, las operaciones bursátiles sobre valores.

¹⁰ En el artículo 81 LME.

¹¹ Se recoge en el art 53 de la ley 3/2009.

¹² De conformidad con lo declarado por la DGT en la resolución 1277/1999.

Esta armonización tiene un fundamento claro, la libre circulación de capitales con el fin de armonizar las siguientes cuestiones:

1.- La coexistencia de diversos gravámenes distintos en cada estado sobre las operaciones societarias

2- Posible duplicidad del gravamen.

Estas circunstancias supondrían lógicamente una traba para las transferencias que se producen con ocasión de la constitución o aumento de capital de una sociedad.

En un primer momento, desde la Directiva de 1969, la armonización de los impuestos consistía en un régimen común de imposición sobre las operaciones que generasen una concentración de capitales. Ésta normativa comunitaria permitía a los Estados miembros exigir un impuesto no superior al 1 por 100, sobre las aportaciones efectivas de los socios a la sociedad. Éste gravamen se le denominaba derecho de aportación.

A partir de 1985 hay un cambio de tendencia a la supresión de éste gravamen. Es más ya todos los estados lo han suprimido¹³. El sistema común de imposición sobre las aportaciones de capitales también prohíbe a partir de 1969, cualquier gravamen sobre la documentación de las aportaciones o de los préstamos de la sociedad. Además no pueden ser objeto de imposición de ninguna manera, los títulos representativos de capitales propios (acciones o participaciones) o de capitales ajenos (obligaciones).

¹³ El Reino Unido suprimió el impuesto sobre las aportaciones en 1988, Alemania y Francia lo hicieron en 1922, Dinamarca en 1993, Italia en 2000. Irlanda lo abolió el 7 de Diciembre de 2005, Bélgica y los Países Bajos el 1 de Enero de 2006 y Luxemburgo en el 2009, sustituyéndolo por un pago fijo de 75 euros. En España se ha eliminado a través de del Decreto-Ley 13/2010, de 3 de Diciembre.

TÍTULO II. PROBLEMÁTICA ACTUAL RÉGIMEN FISCAL DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS:

Se presentó¹⁴ un documento¹⁵ con 40 medidas en relación con el régimen fiscal aplicable de las operaciones de reestructuración empresarial, con el fin de demostrar y poner de manifiesto los problemas de la normativa sobre estas operaciones.

Nuestra normativa interna viene determinada por la normativa comunitaria en este aspecto, ayudado de una configuración de un régimen jurídico fiscal que garantiza la neutralidad impositiva en estas operaciones.

El documento ha sido elaborado en el seno del Comité Asesor Institucional de la Asociación, compuesto por un gran número de expertos¹⁶. Fue presentado ante la Administración Tributaria, partidos políticos y organizaciones empresariales y sociales.

En este documento, se han identificado 47 problemas sobre el actual régimen compuesto por: *La ley de 2009 sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades Mercantiles y el régimen especial del impuesto de Sociedades*, que en su opinión generan cierta inseguridad jurídica. El objetivo no es otro que contribuir al perfeccionamiento del régimen de neutralidad y tratar de evitar que en una toma de decisión empresarial puede verse condicionada por el simple hecho de una razón de carácter fiscal.

A modo de resumen, los principales aspectos a tratar que más han preocupado a la Asociación Española de Asesores Fiscales son:

En primer lugar la Inseguridad Jurídica para las empresas:

La modificación de la normativa mercantil, considera, que no ha venido acompañada adecuadamente por la normativa fiscal en estas operaciones, hecho que ha provocado nuevos problemas interpretativos, normativos...

Las operaciones de reestructuración analizadas son aquellas a las que se refiere el Capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades:

¹⁴ Presentado por el presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales, Juan Carlos López-Hermoso.

¹⁵ <http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias/la-normativa-fiscal-en-la-mira.html>.

¹⁶ Expertos de La Asociación Española de Asesores Fiscales (Aedaf).

1.- Fusiones.

2.- Escisiones.

3.-Aportación de activos.

4.-Canje de valores.

5.- Cambios de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

El presidente de la asociación a grandes rasgos, menciona “tres ejemplos graves” de la normativa fiscal donde podemos apreciar situaciones de injusticia e inseguridad jurídica:

En el sector inmobiliario, si se produce una fusión entre empresas inmobiliarias, al acogernos a la normativa fiscal especial puede ocasionar que tengamos que tributar en el ámbito de otros gravámenes dependiendo de si la operación esta sujeta o no al IVA, ya que si está sujeta o la consideramos no sujeta, la operación puede tributar por ITPO. En este caso se produce una gran inseguridad jurídica, que puede provocar en última instancia que la operación no se lleve a cabo.

En segundo lugar, a nivel autonómico, se puede apreciar nuevamente inseguridad jurídica, en el caso sociedades patrimoniales con inmuebles gravados por hipotecas. Estas sociedades en caso de disolución tributan al 7% en el ITPO, en las comunidades Autónomas. No obstante, la disposición transitoria vigésimo cuarta del TRLIS¹⁷, se afirma que una sociedad patrimonial no debe tener coste fiscal.

En tercer lugar, a nivel local, en Madrid se establece una bonificación del 25% en el IAE, en los casos en los que la empresa ha tenido pérdidas en el ejercicio anterior, debiendo solicitarse la bonificación con anterioridad al mes de Febrero. En algunos casos por desconocimiento o falta de información y transparencia por parte de la Administración, ha transcurrido el plazo para poder solicitarla y aquellos que no la han solicitado en plazo no pueden beneficiarse de ella, ¿tiene sentido que haya que solicitar previamente la aplicación de un beneficio fiscal?.

¹⁷ Introducida por la ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Además en el caso de una fusión, escisión o en los demás tipos de reestructuración societaria “no encaje” desde el punto de vista fiscal, “no se hará, porque saldría más costosa que el beneficio a reportar”¹⁸.

Algunas operaciones que pueden ser controvertidas en la aplicación del régimen fiscal especial:

Absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta:

En este tipo de fusión especial la participación de la sociedad absorbente en la absorbida es indirecta, es decir, existen una o más sociedades intermedias que no intervienen en la fusión. En este supuesto también se puede encajar aquellos casos en los que la participación en la absorbida es una parte directa y otra indirecta.

Del mismo modo que en la absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa, también en la indirecta podrá prescindirse del aumento de capital de la sociedad absorbente.

Este tipo de fusión sólo podría tener encaje como fusión a efectos del régimen especial¹⁹.

Este apartado exige, que la absorbente sea titular de todos los valores representativo del capital social de la absorbida y es evidente que en esta operación no es así, ya que no puede entenderse que esta exigencia pueda estar cumplida con la titularidad indirecta. Por tanto, quedaría fuera de la definición de fusión a efectos del régimen fiscal especial.

¹⁸ Afirma de ésta manera Juan Carlos López-Hermoso.

¹⁹ El previsto en el artículo 83.1 c) LIS: “Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.”

Fusión Inversa:

Estas fusiones son aquéllas en las que la sociedad absorbida fuera titular de manera directa o indirecta de la totalidad de las acciones o participaciones del capital de la absorbente.

Fusión inversa en la que la absorción por sociedad íntegramente participada de forma directa:

Este tipo de fusión es subsumible en *el artículo 83.1ª LIS*. En este supuesto si existe atribución de valores representativos del capital social de la absorbente a los socios de la absorbida.

- a) Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

La Doctrina de la DGT, ha confirmado en varias ocasiones que *el artículo 83 del TRLIS* no distingue la procedencia de los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta, ya sea de una ampliación de capital o de acciones propias que la sociedad adquirente recibiera con ocasión de la fusión. Es por ello, que se ha admitido en diversas ocasiones la aplicación del régimen fiscal especial a este tipo de fusiones especiales.

Fusión inversa en la que la absorción por sociedad íntegramente participada de forma indirecta:

En esta operación la sociedad absorbente también recibe de la absorbida, acciones y participaciones de la sociedad intermedia. Al ser éstas últimas, las que se entregue a los socios de la absorbida con motivo de la fusión y no las del capital de la absorbente, éste supuesto no es subsumible en *el artículo 83.1 LIS* y por tanto no es de aplicación el régimen especial.

La cesión global de activo y pasivo.

Éste tipo de operación, genera una problemática clara, ya que no es compatible con el régimen especial, al ser la contraprestación recibida distinta a las de las demás aportaciones. Ésta operación es definida en la LME²⁰.

Sin embargo, la definición no parece susceptible de encaje en ninguna de las definiciones *del TRLIS* sobre operaciones de reestructuración, por lo tanto se entiende que no podrá acogerse al régimen fiscal especial. Esto es así por el hecho de que en la cesión global del activo y pasivo se exige que a cambio de del patrimonio, se entregue una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario. Hecho que siempre concurre en las fusiones, escisiones, aportación de rama de actividad, canje de valores o aportación no dineraria especial.

CAPÍTULO III TRANSVERSALIDAD IMPOSITIVA DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS.

Una vez definido cada una de las operaciones de reestructuración y habiendo tratado los diversos problemas que aquéllas pueden ocasionar, proseguimos el trabajo con las operaciones protegidas y los impuestos que gravan estas operaciones.

Fusiones:

Están fiscalmente protegidas los siguientes casos de fusión.

1) *Fusión por absorción de una o varias entidades por otra ya existente.*

Esta fusión tiene lugar cuando una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente sus respectivos patrimonios, disolviéndose la transmitente y atribuyendo a cambio a los socios valores representativos de capital social de la entidad adquirente y, dependiendo del caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal.

²⁰ En *el artículo 81*: “Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.”

Ejemplo: Entidades transmitentes: A1, A2. Entidad adquirente: B.

B absorbe a A1 Y A2 adquiriendo todos sus activos y pasivos.

B atribuye a los socios de A1 y A2 valores representativos del capital social de B y/o una compensación en dinero.

En primer lugar la entidad absorbida estará exenta del impuesto de sociedades. La sociedad absorbente deberá continuar con la misma amortización y costes históricos que tenía la sociedad absorbida, no ganando con esta operación gasto fiscal adicional.

En el caso de no optar por el régimen especial, en la entidad que realiza la transmisión de los elementos, se genera una renta por la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable corregido, por los ajustes fiscales que haya que realizar. En cuanto al impuesto de sociedades o IRPF de los socios de la sociedad absorbida, éste incremento de patrimonio esta exento, ya que no se produce el devengo de dicho impuesto. Tampoco se produce el devengo del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, lo mismos ocurre con el IVA y el ITP-AJD (en la modalidad de operaciones societarias). Se traslada el derecho a la compensación de bases imponibles negativas a la entidad absorbente.

2) Fusión de varias entidades con creación

Cuando dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva la totalidad de sus patrimonios sociales y se disuelven a continuación.

Ejemplo: A1 y A2 se fusionan desapareciendo y dando lugar al nacimiento de una nueva sociedad B, que estará formada por los patrimonios de A1 y A2.

Los antiguos socios de las sociedades disueltas pasan automáticamente a ser socios de B.

Es de aplicación fiscalmente lo dicho para la fusión por absorción.

3)Fusión de una filial por su matriz:

La entidad transmite en bloque el conjunto de su patrimonio social a su matriz, disolviéndose.

Ejemplo: A es filial de B, A transmite a B todos sus activos y pasivos, A se disuelve.

Es de aplicación fiscalmente lo dicho para la fusión por absorción.

Hay que tener presente que en todos los casos de fusión hay sucesión universal de la entidad absorbida por la sociedad absorbente, es decir, hay transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de la entidad absorbida a la absorbente, incluso los de carácter tributario.

En este tipo de operaciones mercantiles se han admitido como motivos económicos válidos:

*Son*²¹ motivos económicamente válidos para la aplicación del régimen fiscal especial aquéllos cuya finalidad última para realizar una fusión es, la de reestructurar los activos y empresas familiares, disponer de una gestión más simplificada, más ordenada y eficaz, salvaguardar el patrimonio familiar de cualquier contingencia futura, teniendo en cuenta, además, la similitud de actividades que desarrollan las entidades que llevan a cabo la fusión, el régimen fiscal especial. Y todo ello, con independencia de que las sociedades que realicen la fusión tributen en el régimen de sociedades patrimoniales.

También podrá optar por régimen fiscal especial, la operación de fusión que se plantee con la finalidad de tener una única estructura jurídica y organizativa en aras a una mayor simplificación y racionalización de la actividad económica para evitar la ineficacia en términos de gestión, de costes, y de imagen frente a terceros²².

Nuevamente, se aplicará éste régimen, por entenderse que existe un motivo económico válido, cuando una fusión se realice para optimizar los recursos de las sociedades que intervienen uniando sus estructuras comerciales y productivas²³.

²¹ Resolución V0472-06, de 23 de marzo de 2006, de la DGT.

²² Resolución V0421-06, de 8 de marzo de 2006, de la DGT.

²³ Resolución V0151-04, de 30 de septiembre de 2004, de la DGT.

²⁴ Resolución 0093-01, de 19 de enero de 2001, de la DGT.

No obstante, este régimen fiscal no se podrá aplicar, cuando la finalidad principal de la operación sea otra como la de conseguir un mero ahorro de impuestos, en este caso se aplicarán las reglas generales de tributación que se establecen para este tipo de operaciones.

En las siguientes consultas no es de aplicación el régimen especial, ya que en éstos casos para la aplicación de dicho régimen es necesario motivos económicos válidos:

Se considera que no existen motivos económicos válidos, cuando la única razón para realizar una fusión obedezca a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en la entidad absorbida en el momento de su extinción.²⁴

Tampoco será de aplicación el régimen fiscal especial cuando, a través de una combinación de negocios jurídicos se plantee una operación en la que la fusión no sea necesaria para obtener los fines económicos pretendidos, dejando al descubierto que los motivos que justifican su ejecución son en realidad puramente fiscales²⁵.

Se recomienda, ya desde el proyecto inicial, que debe ser depositado en el Registro Mercantil, cuáles son los motivos económicos válidos que incitan a realizar la operación de reestructuración a través de una fusión o una escisión.

Escisiones:

Son escisiones fiscalmente protegidas las siguientes:

Escisión total y transmisión de todos los activos a varios entes:

Cuando²⁶ una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y lo transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, disolviéndose la entidad escindida a continuación, y atribuyendo a los socios, valores representativos proporcionales del capital social de las entidades adquirentes de las aportaciones y en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal, o a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores, deducido de su contabilidad.

²⁵ Resolución 0339-02, de 6 de marzo de 2002, de la DGT.

²⁶ Esta escisión financiera fue introducida por la ley 50/1998, de 30 de Diciembre, siendo aplicable respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1999.

Ejemplo: La entidad C se divide en varias partes C1, C2 .

Cada parte C1, C2,... se transmite a otras entidades D1, D2, ... ya existentes o creadas a propósito de esta operación. Por ejemplo, cada división se constituye en una entidad nueva independiente o se fusiona con otra entidad preexistente.

Con la escisión total C(C1 y C2) deja de existir y sus socios pasan a serlo de D1, D2.

Como explique con anterioridad para el caso de la fusión por absorción, cuando la transmisión se lleve a cabo a través de operaciones societarias como la propia escisión, la fusión, canje de valores etc, en la mayoría de los casos se podrá acoger al régimen especial de diferimiento. La entidad escindida está exenta del Impuesto de sociedades.

En cuanto al Impuesto de sociedades o IRPF de los socios de la sociedad escindida están exentos de la tributación de éste gravamen. Estará exente del impuesto de ITP-AJD con excepción de las entregas de bienes inmuebles incluidas en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial.

Además no estará sujeta al IVA, siempre que el patrimonio trasladado consista en una unidad económica autónoma. Cuando entre los activos de la empresa que se transmite están incluidos bienes inmuebles de naturaleza urbana, se produciría el hecho imponible del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, no obstante de aplicarse el régimen especial del TRLIS, se estaría exento del pago de este impuesto.

Lo explicado para ésta operación de escisión total es trasladable a los demás tipos de escisión.

Escisión parcial de una o varias ramas de actividad:

Cuando una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que forman ramas actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de las entidades adquirentes, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal.

Ejemplo: Una entidad C escinde una rama de actividad C1.

C1 se constituye una nueva sociedad D o se transmite a una sociedad preexistente.

C queda reducida, pero continúa existiendo ya que no se ha disuelto.

Los socios de C pasan a ser socios también de D.

Por otro lado, se puede plantear la alternativa de una escisión de la empresa que no coincida con ramas de actividad. En este caso no podríamos acogernos a los beneficios fiscales de la normativa tributaria, pero cabe si realmente interesa la escisión, plantear un procedimiento alternativo a la misma.

Finalmente, para estas operaciones se admiten como motivos económicos válidos, los siguientes:

Si en la operación de escisión se persigue preservar los inmuebles que son propiedad de la empresa escindida, desvinculándolos del riesgo empresarial, así como también disociar e independizar las decisiones de inversión en cada una de las sociedades pertenecientes al grupo y, con ello, de cada una de las actividades desarrolladas por las mismas, el motivo debe entenderse como económicamente *válido*²⁷.

En el caso de que la finalidad de escisión sea la de reestructurar y racionalizar las actividades, permitiendo una mayor efectividad en la gestión de los distintos negocios que se desarrollan por la empresa escindida, se entiende que la motivación económica es válida a los efectos de amparar la escisión en el citado régimen fiscal especial²⁸.

También, podrá ser de aplicación el régimen especial, cuando la escisión se plantee por motivos de eficacia empresarial, especialmente de separación de dinámicas de negocio diferentes; configurando, además, una rama de tenencia y explotación en arrendamiento de bienes inmuebles totalmente independiente del consejo de administración de la sociedad escindida.²⁹

²⁷ Resolución V0406-06, de 08 de marzo de 2006, de la DGT.

²⁸ Resolución V0478-06, de 23 de marzo de 2006, de la DGT.

²⁹ Resolución V0597-06, de 31 de marzo de 2006, de la DGT.

También se entenderá que existe un motivo económico válido cuando la escisión se realiza con la finalidad de conseguir una mayor racionalización y especialización de las actividades, con técnicas y metodologías diferentes, políticas comerciales, de vendedores y de fijación de precios distintas, para administrar y gestionar las actividades de una manera más eficiente, así como para realizar las inversiones necesarias para el desarrollo de las actividades de una manera más especializada, adquiriendo aquellos equipos y demás elementos de inmovilizado que resulten más adecuados para cada actividad, y obtener la financiación oportuna y adecuada a cada tipo de actividad.³⁰

Del mismo modo que las fusiones, en éstas operaciones de reestructuración no será de aplicación el régimen especial cuando la finalidad no sea otra que la de evadir impuestos u obtener un ahorro fiscal.

Ramas de actividad:

Se entiende que lo que se transmite es una rama de actividad cuando se transmite un conjunto de elementos que constituyen una unidad económica autónoma. Bajo la denominación “aportación de activos” la normativa recoge lo que se traduce en nuestra normativa interna como rama de actividad. *El artículo 2.d) de la Directiva 2009/133/CE como “aportación de activos” “la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación”.*

A diferencia de lo que ocurre en las operaciones de escisión total y por similitud con la escisión parcial, la sociedad originaria no se extingue. Al igual que en la segregación, esta operación se diferencia de la escisión fiscal en el hecho de que las participaciones o acciones que se entregan a cambio de la aportación de patrimonio se atribuyen a la propia sociedad escindida y no a sus socios.

En los casos de escisión no se produce sucesión a título universal, ya que la transmisión sólo implicará la de obligaciones y derechos fiscales de la entidad escindida. En ningún caso

³⁰ Resolución V0692-06, de 11 de abril de 2006, de la DGT.

se transmitirá el derecho de compensación de pérdidas de ejercicios anteriores correspondientes a la parte escindida.

Aportaciones de ramas de actividad a otras entidades:

Son las operaciones por las que una entidad B aporta, sin disolverse, a otra entidad F, una o varias o todas las ramas de su actividad a cambio de valores representativos de la sociedad adquirente. Dicho con otros términos, consiste en la separación que realiza una sociedad de parte de su patrimonio que constituye rama de actividad, entendida ésta como una unidad económica autónoma capaz de funcionar de forma independiente, y que entrega como aportación no dineraria a otra sociedad, nueva o ya existente, recibiendo a cambio títulos del capital de la última sociedad.

Esta operación se diferencia de la de la escisión parcial, en que esta última tiene lugar una disolución parcial de la sociedad escindida, ya que reduce su capital proporcionalmente y los valores de las entidades adquirentes los reciben los socios y no la sociedad. En la aportación de rama de actividad no se produce la reducción de capital, recibiendo los valores de la adquirente la propia sociedad.

El rasgo característico de rama de actividad, se concreta en que constituye una explotación económica, es decir, una unidad con la capacidad de funcionar por sí misma con autonomía dentro de la empresa. El legislador permite que quede fuera del concepto de rama de actividad aquellas deudas que se hubieran contraído para el funcionamiento de los elementos que se traspasan. De esta manera, si se transmiten los bienes y elementos que constituyen la rama de actividad el sujeto podrá optar entre incluir o no las deudas.

La existencia de varias ramas de actividad³¹ en una única actividad empresarial exige que, en función del destino y naturaleza de los elementos patrimoniales, se requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de varias actividades económicas autónomas.

³¹ La DGT, en su contestación a la consulta de 19 Febrero de 2009.

En otra consulta³², relativa a la incidencia fiscal de la aportación de una rama de actividad por parte de una persona física analizó el supuesto de una persona física que iba a aportar su actividad económica consistente en varias viviendas destinadas a su alquiler a una sociedad, planteándose la cuestión relativa si dicho sujeto podía acogerse al régimen especial de reorganización empresarial.

La normativa reguladora del Impuesto de Sociedades, en el régimen especial, considera como aportación no dineraria especial aquella operación, realizada por una persona física o jurídica que reúne los siguientes requisitos:

La entidad que recibe la aportación debe ser residente en territorio español o realizar actividades en el mismo mediante establecimiento permanente.

Una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo aportante ha de participar en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, 5%.

Deben ser aportaciones de elementos patrimoniales distintos de las acciones o participaciones sociales por contribuyentes del IRPF, debiendo estar los mismos afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve a cabo de acuerdo al código de comercio.

Ejemplo Una entidad B aporta una, varias o todas rama/s de actividad E1 a una sociedad F.

B queda reducida en tamaño pero sigue existiendo.

B pasa a ser socio de F.

En esta operación no cabe la compensación en dinero, a diferencia de las anteriores, ya que en esa circunstancia nos encontraríamos ante una permuta o compraventa; la contraprestación de esta operación son valores, en la permuta bienes y en la compraventa dinero.

En la aportación de ramas de actividad no hay sucesión a título universal, ya que la transmisión sólo implicaría la de obligaciones y derechos fiscales de la entidad escindida. Tampoco supondrá la transmisión del derecho de compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

³² La DGT mediante *contestación a Consulta de 5 de enero de 2009*.

Canje de valores:

Se trata de aquellas operaciones por las que una entidad A adquiere una participación en el capital social de otra B que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto en esta última, mediante la atribución a los socios de B, de valores representativos del capital social de A y en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal.

Ejemplo: A adquiere valores de B.

A obtiene la mayoría de B.

A entrega a los socios de B acciones de A.

En el TRLIS³³ se desarrolla esta cuestión relativa al régimen fiscal de canje de valores. El apartado 1 nos dice que no se integrarán en la base imponible del impuesto sobre la Renta de Personas Físicas o del Impuesto de Sociedades las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que cumplan una serie de requisitos:

1.- Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en algún otro estado miembro de la Unión Europea o en cualquier otro estado que los valores recibidos, sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

2.- Que la entidad que adquiriera los valores sea residente en territorio Español o esté comprendida en el ámbito de la Directiva 90/434/CEE³⁴.

Una vez cumplidos estos requisitos, la valoración de los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores, deben valorarse por el mismo valor que tenían dichas participaciones en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, no obstante, si el valor de mercado de éstas es inferior, deberán ser valoradas por éste último.

³³ En el art 87 TRLIS.

³⁴ Téngase en cuenta que la Directiva 90/434/CEE, 23 julio, ha sido derogada por el artículo 17 de Directiva 2009/133/CE del Consejo, 19 octubre 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro («D.O.U.E.L.» 25 noviembre).

En el supuesto de que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en el territorio español, se tomará el valor convenido por las partes, pero con un límite el valor normal del mercado.

En cuanto al régimen de las rentas derivadas de la transmisión, se encuentra regulado en el artículo 84 del TRLIS::.

En primer lugar excluye de la base imponible una serie de rentas derivadas de las operaciones de reestructuración, las cuáles podemos resumir en:

A) Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de bienes o derechos ahí situados.

Si la entidad adquirente reside en el extranjero, en este caso, únicamente se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquéllos elementos afectados a un establecimiento permanente situado en España.

B) las transmisiones realizadas por entidades con establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados no pertenecientes a la Unión Europea pero residentes en territorio español y en favor de entidades residentes en territorio español.

C) Las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español.

Contenido del Régimen Fiscal Especial:

Para acogerse a este régimen fiscal especial, es requisito imprescindible, que éste hecho se manifieste debidamente en la documentación mercantil que formalice la operación que se lleva a cabo.

A continuación, una vez manifestado en la documentación mercantil esta decisión, deberá comunicarse esta información a la delegación de la *AEAT*, en el plazo de 3 meses desde la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública en la que se documente la operación realizada. En el caso de que no sea necesaria la inscripción, el plazo correrá desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

Sin embargo, este régimen especial no será de aplicación cuando la operación realizada tenga como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal. Si no existen motivos

económicos válidos, el régimen no se aplicará, motivos como: la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participen en la operación.

Podemos extraer de la doctrina de la *DGT*, gracias a la contestación a diversas consultas, que podemos encontrar motivos económicos válidos en las siguientes circunstancias:

Si la operación llevada a cabo produce una simplificación de la estructura administrativa o productiva de las sociedades afectadas, de tal forma que se produzca una gestión más eficaz y se obtenga a su vez una mayor rentabilidad de las actividades desarrolladas.

En el caso de que la operación realizada produzca una dotación de mayores recursos propios con el fin de llevar a cabo el objeto social de la entidad.

En el supuesto en el que la operación realizada, facilita, ayuda, fomenta la futura transmisión del negocio a los hijos.

Efectos del Régimen Especial:

En primer lugar tenemos un diferimiento en la tributación de las plusvalías en la transmitente, de tal manera que los elementos transmitidos mantendrán a efectos fiscales, la valoración y la fecha de adquisición que tenían en sede de la transmitente, siempre que, la adquirente no esté exenta del impuesto de sociedades o le sea aplicable el régimen de atribución de rentas. Además la entidad transmitente podrá renunciar al diferimiento de manera total o parcial.

En segundo lugar diferimiento en la tributación de las plusvalías de los socios, éstos no podrán renunciar al régimen especial. En este caso las participaciones recibidas por los socios, serán valoradas por el valor de las participaciones entregadas en la operación de reestructuración y conservarán su antigüedad.

En tercer lugar en las aportaciones no dinerarias de actividad, las participaciones deberán ser valoradas por su valor contable de la rama que se ha transmitido.

En cuarto lugar en el canje de valores las participaciones adquiridas por la sociedad que realiza el canje serán valoradas por el valor que tenían en los transmitentes y además conservarán su antigüedad. Las participaciones recibidas a cambio mantendrán la valoración y antigüedad de las entregadas.

En quinto lugar en los casos de fusión y escisión, los adquirentes se subrogarán en la posición de los transmitentes en sus derechos y obligaciones tributarias.

En la fusión y escisión total, la adquirente podrá compensar las bases imponibles de la transmitente, con ciertas limitaciones. En séptimo lugar en la fusión y escisión, fiscalmente las operaciones realizadas por la sociedad que se va a extinguir se imputan a la adquirente.

ITP Y AJD:

En la imposición indirecta, tenemos el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, este impuesto a su vez recoge tres modalidades. En primer lugar operaciones societarias (OS), transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) y por último Actos Jurídicos Documentados (AJD).

Antiguamente, las operaciones de reestructuración se encontraban sujetas pero exentas del OS, es por ello que al existir una incompatibilidad entre TPO y OS, estas operaciones no estaban sujetas al TPO, este régimen se mantuvo hasta el 1 de Enero de 2009.

Fue la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de Febrero de 2008, sobre impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, la que provocó una nueva regulación en esta materia. Esta norma comunitaria venía a decir que los Estados Miembros no podían someter a ningún tipo de imposición indirecta las operaciones de reestructuración.

En el artículo 4 de la Directiva definió las fusiones, escisiones y canje de valores de una manera más laxa a la normativa española. La normativa europea no establece ninguna limitación a la compensación en metálico, es decir, si en la normativa reguladora del FEAC, la LME o la Directiva de Fusiones, se establecía la cantidad máxima del 10 por ciento para la compensación en dinero de las participaciones recibidas, en esta directiva no se establecía dicho límite.

Las operaciones Societarias que se produzcan como consecuencia de operaciones de reestructuración como fusiones, escisiones, canjes de valores y aportaciones no dinerarias a sociedades, y que cumplan con los requisitos para la aplicación del régimen especial, no están sujetas a este impuesto en la modalidad de OS, y, sujetas pero exentas de TPOAJD.

Estas mismas operaciones están exentas de este impuesto en las modalidades de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Así lo afirma el apartado 2 del artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

“ No estarán sujetas:

1.º Las operaciones de reestructuración.”

Las únicas operaciones sujetas a este impuesto vienen determinadas en el apartado 1 de dicho artículo. Entre ellas podemos citar, la constitución de sociedades, el aumento y disminución de su capital social y la disolución de sociedades, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

El artículo 21³⁵, de la misma ley nos aclara qué entiende por operaciones de reestructuración no sujetas al impuesto.

Como conclusión, es importante saber que no todas las operaciones descritas en la LME quedan fuera de la tributación de éste impuesto, únicamente las que cumplan con las definiciones descritas en *el artículo 83, apartados 1,2,3 y 5 del TRLIS y en el artículo 94*, relativo a las aportaciones no dinerarias especiales.

Curiosamente atendiendo exclusivamente a la normativa nacional y comparándola con la comunitaria, podemos afirmar que aquélla sigue infringiendo los preceptos comunitarios, ya que puede darse el caso de una operación de reestructuración, como puede ser una escisión en la que la compensación en metálico supere el límite antes mencionado del 10 por ciento del valor nominal de los elementos entregados que aún siendo una operación de reestructuración desde el punto de vista mercantil y comunitario, estarán sujetas a

³⁵ “A los efectos del gravamen sobre operaciones societarias tendrán la consideración de operaciones de reestructuración las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas en *el artículo 83, apartados 1, 2, 3 y 5, y en el artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.*

imposición indirecta por éste impuesto al no acogerse a las definiciones de la normativa fiscal española.

Las no sujeciones y exenciones del Impuesto son de aplicación con independencia que se tenga que optar por la aplicación del régimen especial en el Impuesto de Sociedades.

IVA

No estarán sujetas a este impuesto aquellas transmisiones relativas a ramas de actividad y participaciones en capital de sociedades. Por lo tanto, puede darse la situación en la que haya transmisiones sujetas al IVA, aún cuando en el Impuesto de Sociedades sea de aplicación el régimen especial y cuando los elementos transmitidos no consistan en ramas de actividad o participaciones de capital, como ya habíamos mencionado.

Como dice el artículo 7 de Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido:

“No estarán sujetas al impuesto:

1.º La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del precedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley.”

Esta regla de no sujeción, procede del artículo 5.8 de la Directiva 77/388/CEE, de 17 de Mayo, sobre Armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios:

“Los Estados Miembros quedan facultados para considerar que la transmisión, a título oneroso o gratuito, o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente”.

A partir de esta directiva, el Estado Español legisló en ésta materia haciendo uso de la facultad que se le concedía, no obstante la redacción antigua del artículo 7.1 LIVA³⁶, contenía ciertas limitaciones que no tenían cobertura al no estar previstas en la normativa comunitaria antes citada.

La Dirección general, matizó en primer caso la necesidad de que se transmita la totalidad del patrimonio empresarial, así como la necesidad de que deba haber un previo acogimiento al FEAC. Esta situación produjo una gran inseguridad jurídica entorno a la interpretación del precepto legal.

Posteriormente la modificación introducida por la ley 4/2008, intenta paliar la situación anterior con una nueva redacción, refundiéndose los anteriores apartados a) y b) en uno sólo quedando la redacción del actual precepto arriba mencionado.

A diferencia del concepto “rama de actividad” empleado en el impuesto de sociedades, éste artículo ha escogido el término “unidad económica”, más propio del derecho mercantil, citado en *los artículos 70 y 71 de LME*:

La ley define la *Segregación*³⁷ como:

“Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica ...”

Aunque no haya una definición exacta del concepto “unidad económica”, se acepta este término como sinónimo de rama de actividad.

En definitiva, el hecho determinante de la sujeción o no sujeción a éste impuesto, dependerá de si el objeto de transmisión tiene o no la consideración de unidad económica. Gracias a

³⁶ La Sentencia del TJCE Zita Mo-des Sarl, en el Asunto C-497/01, de 27 de noviembre de 2003 y Faxworld, Asunto C-137702 de 29 de Abril de 2004, exigen la reinterpretación del artículo 7.1 de la LIVA a la DGT.

³⁷El artículo 71 (LME).

esta modificación , podrá darse casos en los que determinadas operaciones que antes no se reconocían como sujetas al impuesto al verse acogidas en el FEAC, ahora si lo estén.

Por ejemplo: en el caso de una fusión en la que los elementos transmitidos no formen una unidad económica autónoma. Ésta operación, acogida al régimen fiscal especial, estará sujeta al IVA, ya que en este caso no será de aplicación la regla de no sujeción prevista en el Artículo 7.1 LIVA.

IS.

En primer lugar hay que analizar el régimen especial aplicable a las personas que intervengan en estas operaciones de reestructuración.

El transmitente

las rentas generadas como consecuencia de las transmisiones realizadas, no se integran en la base imponible, aunque sí que figuran contabilizadas, por la diferencia entre el valor de mercado de los bienes y derechos transmitidos y su valoración contable. Su tributación es diferida hasta que, en su caso, se transmitan los bienes o derechos recibidos por la sociedad adquirente. En cuyo momento, se considerará que la renta obtenida se ha generado linealmente (Salvo prueba en contrario) durante todo el periodo de permanencia del bien o derecho, como si la operación de reestructuración empresarial no hubiera tenido lugar; debiendo tributar, por la porción de la renta generada antes de la operación de reestructuración empresarial, al tipo que correspondería a la sociedad adquirente, y por la porción generada después de la operación de reestructuración, al tipo y régimen tributario que corresponda a la sociedad adquirente.

Cuando la entidad adquirente, resida fuera de España, sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente ubicado en territorio español.

Sin embargo, la transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará su integración en la base imponible del establecimiento permanente antes mencionado, deberá computarse en el ejercicio en el ejercicio que se produzca aquélla.

Este régimen tributario no será de aplicación para aquéllas operaciones de canje de valores, en las que a consecuencia de la residencia fiscal de alguna de las personas vinculadas a la

operación, sea imposible a la Hacienda Pública española la posibilidad de gravar en el futuro las rentas que se vayan difiriendo. En ese caso, dichas rentas deberán integrarse en la base imponible al no poder aplicar sobre ellas el régimen de diferimiento.

Adquirente.

En primer lugar hay que determinar la valoración fiscal de los bienes y derechos recibidos. Esta determinación se lleva a cabo a través del valor contable que tuvieran en la sociedad transmitente en el momento de producirse la operación de reestructuración. Si los elementos patrimoniales se transmitiesen posteriormente, las correcciones de valor y demás ajustes fiscales admitidos por la legislación tributaria, serán los que correspondería aplicar a la sociedad transmitente en la operación de reestructuración.

Se produce una subrogación en la posición jurídica-tributaria de la sociedad transmitente, de los derechos y obligaciones tributarias que ésta tenga en el momento de producirse la operación de reestructuración empresarial.

A la sociedad adquirente se le traslada el derecho de compensar las bases imponibles negativas que tuvieran las sociedades disueltas, pendientes de compensación. En el caso de que las personas que participen en la operación de reestructuración estén vinculadas, se aplican ciertas restricciones al traslado de este derecho de compensación.

También hay que tener en cuenta las obligaciones contables, consistente en la inclusión de información de trascendencia tributaria en la memoria, información relativa a la reestructuración empresarial, a los efectos de la aplicación del régimen de diferimiento.

En el caso de que no sea de aplicación el régimen especial, se tomará convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado.

Los socios:

El régimen de diferimiento también se aplica a los socios, de tal manera que no se integra en la base imponible de sus respectivos impuestos directos, aquéllas rentas que se generan por la diferencia de valor entre el valor fiscal de las participaciones en la sociedad que

transmite y el valor fiscal de dichas participaciones en la sociedad adquirente, recibidas a cambio.

En cuanto a las participaciones de capital recibidas por los socios, se valorarán justamente al mismo valor fiscal que las entregadas a cambio, sin embargo esta valoración fiscal de adquisición, podrá verse aumentada o disminuida por el importe de la compensación en dinero, entregada o recibida por el socio.

Los socios deberán incluir en sus Memorias una mención a los valores contables de las participaciones entregadas y recibidas a cambio.

IIVTNU.

Este impuesto no ha sufrido ninguna modificación recientemente, este impuesto también denominado plusvalía municipal en las operaciones de reestructuración, se encuentra actualmente regulado en la disposición adicional segunda del TRLIS, el cuál viene a decir que dicho impuesto no se devengará con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivados de estas operaciones.

En definitiva, todas estas operaciones no están sujetas excepto las aportaciones no dinerarias especiales de elementos que no constituyan una rama de actividad.

Capítulo IV: Derecho Comparado y Cláusula Anti-Fraude.

Régimen Fiscal en EEUU:

Las consecuencias fiscales para las partes en una fusión o adquisición y de sus accionistas son los factores más importantes y, a menudo decisivos en la determinación de la estructura y el atractivo de cualquier transacción . Las consecuencias fiscales dependerán principalmente de cuatro variables: En primer lugar la forma de organización de las partes, en segundo lugar la estructura de la transacción , en tercer lugar la contrapartida del intercambio en la transacción , y las circunstancias de impuestos pre - existentes de cada una de las partes y sus accionistas .

En el caso de Sociedades Anónimas, la Sección 368 del Código de Rentas Internas , permite que una transacción se lleva a cabo sin un reconocimiento inmediato de las ganancias o pérdidas por los accionistas en ciertas circunstancias definidas por la ley, lo cual implican la continuación de una participación en el resultado empresa. También nos encontramos las " reorganizaciones libres de impuestos , " estas operaciones en las que se difiere el impuesto sobre las ganancias en el momento de la transacción, hecho que nos recuerda a nuestro ordenamiento. Si los accionistas reciben dinero en efectivo , o si la transacción no cumple con los requisitos específicos para el tratamiento de impuestos diferidos , el impuesto sobre las ganancias a la fecha de cierre se deberá pagar.

Por otro lado, la Sección 368 hace que no se aplique a las entidades que tributan como sociedades , incluidas las sociedades limitadas y sociedades de responsabilidad limitada , las operaciones con dichas entidades pueden tener consecuencias fiscales o de impuestos diferidos a sus accionistas sobre la base de otras normas y análisis.

El último impacto de los impuestos sobre los accionistas será en gran parte determinado por la base fiscal de sus inversiones en las partes de la transacción . En el caso de sociedades de responsabilidad limitada o sociedades , una operación también puede dar lugar a la recuperación de las pérdidas previamente reconocidas a efectos fiscales por los accionistas , cuyo impacto puede diferir entre los titulares .

Una adquirente también estará interesado en los aspectos fiscales específicos de la transacción, tales como la capacidad de paso a las bases fiscales de los activos en una compra de activos y la posibilidad de preservar pérdidas operativas netas trasladables del objetivo.

Los impuestos a nivel de entidades relevantes a tener en cuenta con respecto a la actividad de fusiones y adquisiciones son:

The federal tax on corporate income: En general , este es el impuesto del 35 por ciento sobre los ingresos obtenidos por una empresa , independientemente de si el ingreso es de un ordinario o patrimonial . Dependiendo del nivel de propiedad y control común , las empresas estadounidenses pueden determinar la responsabilidad del impuesto de sociedades sobre una base independiente , es decir, sin tener en cuenta a los accionistas

o entidades vinculadas o sobre una base consolidada , mediante el cual las corporaciones controlados se tratan como una sola entidad y un archivo de la declaración de impuestos .

Federal income tax State income tax: La mayoría de los estado impone un impuesto separado sobre Sociedades del impuesto federal. En general , el punto de partida en la determinación del impuesto sobre la renta del estado es un ingreso tributable federal , el cual se distribuirá a todos los estados de funcionamiento a través de una fórmula de tres factores .

State income tax: La mayoría de los estados imponen un impuesto sobre la renta persona separada del impuesto federal. Para la determinación del impuesto sobre la renta del estado la obtenemos de la renta imponible general federal. El impuesto sobre la renta por lo general oscila entre el 4 al 9 por ciento . Las ciudades pueden imponer un impuesto sobre la renta personal, además de los impuestos federales y estatales.

Sales and Use Tax: Impuesto sobre las ventas es un impuesto a las transacciones basadas generalmente impuesto sobre la venta de bienes tangibles . El impuesto de ventas es administrado a nivel estatal o del país, y las reglas específicas y las tasas impositivas varían según la jurisdicción. Algunas jurisdicciones imponen impuestos sobre las ventas en los servicios enumerados.

Use taxes: es un complemento del impuesto sobre las ventas y se impone en el consumo de bienes dentro de la jurisdicción . Ventas y Uso en general varían entre 3 y 8 por ciento. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen numerosas exenciones a los impuestos. Las exenciones pueden basarse en el contribuyente , por ejemplo , la mayoría de los estados los minoristas de impuestos , pero no los fabricantes o en el producto para ver ejemplos , ciertos alimentos , no están sujetos a impuestos en varias jurisdicciones . Dado que las reglas sobre ventas y uso de impuestos varían según la jurisdicción , un análisis completo debe ser realizado antes de la clausura transacciones de fusión y adquisición .

Cláusula Anti-abuso.

La cláusula GAAR es una cláusula general contra el abuso en la evasión fiscal, actualmente codificada en los Estados Unidos desde 2010³⁸, Reino Unido a través del caso Ramsay, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Noruega y Hong Kong. Esta nueva normativa se aplica sobre gran cantidad de impuestos, gracias a ella la agencia tributaria de cada país tiene mayor poder de intervención en caso de impago o evasión fiscal. Esta cláusula se aplica sobre los siguientes impuestos: Impuesto sobre la renta, impuesto de sociedades, impuesto sobre el patrimonio, impuestos de sucesiones etc.

Ésta doctrina anti-abuso ha tenido ciertas reticencias tanto en EEUU como en los países de la Commonwealth en el pasado. Las razones que determinan la adopción o no de una norma general anti-fraude varían en función de la cultura jurídica de cada país. En el Reino Unido se venía rechazando esta normativa por temor a conceder demasiado poder a la Administración tributaria. Por otro lado en EEUU siempre se ha considerado innecesaria, pese a que parte de la doctrina de la sustancia económica defendiese su codificación.

Se consideraba que la codificación de este tipo de cláusula generaría una gran inseguridad jurídica que no es posible tener en un sistema tributario bien organizado. Sin embargo, esta tendencia anti norma general está cambiando en nuestros tiempos, ya que tanto los países anglosajones como otros latinoamericanos o asiáticos, se ven avocados a introducir nuevas disposiciones de carácter general para cubrir las lagunas y deficiencias patentes que provocan las cláusulas específicas anti-evasión fiscal.

Esta normativa anti abuso afectaría directamente al régimen fiscal de concentración de empresas, así como a cualquier contribuyente, ya que esta normativa endurece el régimen fiscal general aplicable con el fin de evitar la evasión fiscal que afecta a todos los países.

No todos los casos en los que se produce un beneficio fiscal es aplicable unas GAAR, ya que, para ello los hechos relevantes deben ser, la búsqueda de un abuso o una artificiosidad a la hora de aplicar la norma. Un ejemplo en nuestra materia sobre

³⁸ Desde el caso Gregory v Helvering que ya estableció un precedente la “sustancia económica”.

conducta que no debe ser considerado como un abuso sería, la realización de operaciones que puedan resultar en un beneficio fiscal determinado para una entidad, sin afectar a la base imponible global, ya sea por aplicación de una pérdida o por el diferimiento de una ganancia.

Ésta cláusula general anti-elusión trata de evitar la multiplicación de los costes administrativos y sociales provocados por las normativas actuales que no son capaces de combatir la evasión fiscal. Estas medidas pueden evitar también el tráfico de empresas con pérdidas acumuladas, o que se realicen operaciones de reestructuración que no puedan llevarse a cabo.

CAPÍTULO V. PRÁCTICA:

En éste capítulo trataré de relacionar algunos aspectos teóricos analizados hasta ahora, y llevarlos a la práctica por medio de una serie de casos prácticos que ayuden a entender mejor la problemática fiscal.

Caso 1:

La sociedad “NOZAR” se somete a una operación de fusión, por la que es absorbida por otra sociedad “COMILLAS”, siendo ésta última residente en territorio español.

“NOZAR” tiene bases imponibles negativas aún sin compensar por importe de 1000 euros, teniendo un plazo de compensación que vence a los 2 años de la fusión. Con ocasión de la transmisión de todo su patrimonio, se genera una plusvalía en la sociedad “NOZAR” que asciende a 3500 de la que 800 pertenecen a un inmueble que siendo éste contabilizado por un importe de 2500, su valor normal de mercado es de 3300 euros.

“NOZAR” puede:

Renunciar parcialmente al régimen de diferimiento de la renta generada por la transmisión del inmueble.

Integra en la base imponible del periodo impositivo concluido una renta de 800 euros, pudiendo ser ésta compensada con la base imponible negativa pendiente. Cómo tenía $1000 - 80 = 200$ que quedaría por compensar, transmitiendo el derecho de compensación de base negativa a la sociedad “COMILLAS”.

“COMILLAS” puede:

Valora el inmueble a efectos fiscales por una cantidad de 3300 euros. Se diferiría una renta de 2700 euros, (3500-800).

Caso 2:

“NOZAR” es una sociedad residente en España que dispone en el extranjero de parte de su patrimonio que proporciona la existencia de un establecimiento permanente fuera de España y otros bienes también situados en el extranjero que no forman un establecimiento permanente.

Esta sociedad es absorbida por “COMILLAS” otra sociedad residente en España que puede acogerse al régimen especial del TRLIS. No obstante, el diferimiento afecta únicamente a la renta generada por la transmisión en la operación de reestructuración, del patrimonio situado en España, y a la renta imputable al establecimiento permanente en el extranjero. Sin embargo el resto, la renta generada en lo que falta de su patrimonio debe integrarse en la base imponible de la entidad “NOZAR”, sin que se le pueda aplicar el diferimiento.

En el caso de que sea una entidad no residente en España, ésta podrá acogerse al régimen especial, pero el régimen de diferimiento sólo alcanza a la parte de la renta derivada de la transmisión del patrimonio ubicado en España cuando, una vez realizada la operación, éste patrimonio forme un establecimiento permanente en España. El resto de renta generada por la transmisión deberá integrarse en la base imponible del impuesto sin posibilidad de diferimiento. Habrá que ver si son de aplicación los preceptos para evitar la doble imposición internacional. (LIS artículos 22 y 31).

Caso 3:

Si quisiésemos unificar la actividad empresarial en una única sociedad, adquiriendo una sociedad por canje de valores. ¿Qué requisitos se exigen para aplicar el régimen fiscal especial del Capítulo VIII del título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades?

Esta operación del canje de valores puede acogerse al régimen especial. Para ello debe cumplir una serie de requisitos:

Los socios que realicen el canje de valores deben ser residentes en España o en un estado de la Unión Europea (UE), o también un estado no miembro de la Unión

Europea siempre que, en este caso los valores recibidos en el canje sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

La entidad que adquiera los valores ha de ser residente en territorio español o estar comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva 90/434/ CEE..

Que las entidades que intervienen no estén domiciliadas o establecidas en territorios calificados reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales o que las rentas no se obtengan a través de dichos territorios.

En definitiva, para la aplicación del régimen fiscal especial de fusión, la causa que impulsa su realización se tiene que soportar por motivos económicos válidos vistos previamente.

Caso 4:

La entidad Z absorbe a la entidad P, de la que tiene un 2% de su capital. El valor de mercado de la entidad P es de 15.000 euros y sus fondos propios ascienden a 11.500 euros.

El diferimiento de la renta 3500 euros (15000 – 11500), corresponde a un mayor valor de los activos ,la entidad adquirente, como consecuencia de la anulación de la participación poseída, se genera una renta de 280 euros, calculada de la diferencia de valor proporcional de la transmitente correspondiente a dicha participación 300 euros y el valor contable de la misma 20 euros.

Es aplicable la deducción por doble imposición interna del 50 %, siendo la base de la deducción el mismo importe de la renta, ya que la sociedad adquirente practicará la deducción sobre los beneficios no distribuidos en proporción a la participación poseída, dicho beneficio asciende a 210 euros, además la deducción se practicará sobre la renta que la sociedad transmitente debe integrar en su base imponible con posterioridad como consecuencia de la conservación de valores a la que está obligada la operación realizada LIS art 30.

En conclusión, la entidad adquirente, en la anulación de su participación en la transmitente, ha de integrar en su base imponible una renta de 280 euros, aplicando sobre esta misma renta una deducción en cuota del 50% para evitar la doble imposición

interna, lo cual supone que la deducción se aplica con anterioridad al momento que se manifiesta la doble imposición, dado que dicha renta no ha sido gravada en la entidad transmitente.

Caso 5:

Una sociedad X transmite a otra sociedad Y todo su patrimonio empresarial a excepción de un bien inmueble. ¿ Estaría sujeta al IVA dicha transmisión?

No lo estaría, en el caso de que los elementos transmitidos constituyen una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial por su propia cuenta y el que adquiere esta unidad la sigue afectando a una actividad empresarial. Hay que recordar que el IVA es un impuesto no sujeto a las operaciones acogidas en el régimen especial del TRLIS.

Compensación de bases imponibles negativas:

En los procesos de concentración de empresas, la LIS permite trasladar el derecho de compensación de bases imponibles negativas de la entidad que se extingue a la entidad adquirente que se beneficia de los elementos patrimoniales.

En nuestro ordenamiento existen dos situaciones en las que se limita la compensación de bases imponibles negativas³⁹:

En primer lugar cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente o bien forme parte de un grupo de sociedades. En este caso se debe reducir la base imponible susceptible de compensación en el importe de la diferencia positiva.

En segundo lugar cuando la entidad adquirente, participe de la transmitente, hubiera con anterioridad a la transmisión depreciado su participación con motivo de las pérdidas o se haya producido la depreciación en otra entidad por la misma razón, debiendo de ser todas ellas un grupo de sociedades. En este supuesto no está permitida la compensación de las bases imponibles negativas que han motivado la depreciación con el fin de evitar la duplicidad en un gasto deducible.

Además las bases imponibles negativas son susceptibles de Inspección.⁴⁰

³⁹ Recogidas en el artículo 90.3 TRLIS.

Caso 1:

La sociedad “Asfalto, S.A” tiene el 100% de las acciones de la sociedad “Ladrillos, S.A”. Una tercera sociedad “Materiales, S.A” la cuál no participa en las anteriores. La sociedad “Ladrillos, S.A” presenta unas pérdidas por valor de 1.000.000 de euros, habiendo contabilizado “Asfalto, S.A” la pérdida por deterioro correspondiente. Posteriormente cuando, “Ladrillos S.A” tiene todavía pendientes 1.000.000 de euros pendientes de compensar, la sociedad “Materiales, S.A” absorbe a “Ladrillos S.A”, aplicando a la fusión el régimen especial del TRLIS.

Calcular las bases imponibles negativas en las que se subrogará la sociedad “Materiales S.A”.

En este caso y con posterioridad a la operación societaria de fusión, queda claro que la Sociedad “Asfalto S.A” tendría el 100% de “Materiales S.A”. Sin embargo “Materiales S.A” no tenía acciones de “Ladrillos S.A” con anterioridad a la operación de fusión ni forma parte del grupo de sociedades. Por ello la totalidad de las bases imponibles negativas deberán trasladarse a “Materiales S.A”. Ahora bien, a medida que esta sociedad compense las bases imponibles negativas procedentes de “Ladrillos S.A”, la sociedad “Asfalto S.A” tendrá que integrar en su base imponible dicha cantidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19.6 del TRLIS.

Caso 2

Dadas las sociedades, “Gras, S.A” y “Trías, S.A”, la primera de ellas tiene el 100% de las acciones de la segunda. El precio de adquisición de la participación por la entidad “Gras, S.A” fue de 2.000.000 de euros. Por su parte “Trías, S.A” tiene fondos propios por un importe de 2.370.000 euros que corresponden a:

Fondos propios 2.370.000

⁴⁰ Resolución del TEAC de 13 de Febrero de 2004, no prescribe el derecho de la administración a comprobar las bases imponibles negativas de ejercicios prescritos si se pretenden aplicar en ejercicios no prescritos.

Capital 1.000.000

Reservas 2.000.000

Resultados Negativos 630.000

Sabiendo que “Trías, S.A” presenta unas bases negativas pendientes de compensación por un valor aproximado de 900.000 euros, y sabiendo que “Gras. S.A” absorbe a “Trías, S.A”, Determinar las bases imponibles que podrían ser objeto de compensación.

En principio todas las bases imponibles de “Trías. S.A” podrán ser objeto de compensación en “Gras. S.A”, es decir, los 900.000 euros. Por otro lado, es de aplicación en este supuesto el artículo 89.3 del TRLIS en el supuesto de que se cumpliesen el conjunto de requisitos establecidos.

Si suponemos que el activo de “Trías, S.A”, la diferencia resultante entre el valor de mercado de los activos y su valor contable fuese de 5.000.000 de euros, correspondería 2.500.000 a inmuebles y los otros 2.500.000 al fondo de comercio, en aplicación al artículo 89.3 del TRLIS originaría las siguientes consecuencias.

La primera consecuencia, la determinación entre el valor de mercado de los elementos de “Trías S.A” y el valor de adquisición de la participación, de manera que tendríamos:

$$5.000.000 - 2.000.000 = 3.000.000 \text{ euros.}$$

Ésta cantidad no habría de integrarse en la base imponible, por aplicación del artículo 89.1 del TRLIS.

La segunda consecuencia, sería la determinación de la diferencia entre el valor de la participación y los fondos propios, con el fin de poder calcular la diferencia positiva de fusión a imputar a los bienes. En este segundo caso tendríamos:

$$2.000.000 - (2.370.000) = - 3.700.000 \text{ euros.}$$

Dándonos negativa la diferencia, no existiría una diferencia positiva de fusión, motivo por el cual los bienes de la Sociedad “Trías, S.A” habrían de valorarse por su valor

histórico, sin la realización de ninguna adicción, no existiendo en consecuencia fondo de comercio deducible fiscalmente.

Conclusiones:

Éste proyecto, ha permitido que haya podido seguir extendiendo mi conocimiento en el área fiscal, concretamente en un tema tan importante como es el del régimen fiscal de éstas operaciones societarias. En realidad, éstas operaciones mercantiles tienen lugar diariamente y su estudio particularizado en nuestro ordenamiento desde el punto de vista tributario tiene un gran valor en el mundo jurídico.

El estudio detallado de cada uno de los impuestos que gravan estas operaciones, es esencial a la hora de plantearse una remodelación de una estructura empresarial. Así las cosas, una vez realizado un estudio previo de la tributación a la que va a ser sometida nuestra empresa, podremos tomar la decisión de remodelar nuestra estructura empresarial.

Los regímenes fiscales especiales de nuestro sistema tributario, como pueden ser el régimen de mecenazgo, el de las instituciones de inversión colectiva etc, pueden ser creados por algún trato de favor con el fin de incentivar o fomentar la realización de determinadas actividades. En otras ocasiones surgen por las deficiencias del sistema tributario en general, que pone trabas a la realización de ciertas operaciones societarias, por su elevado coste fiscal, con el fin de remover estos obstáculos y favorecer y promover su realización.

Este régimen fiscal especial en éstas operaciones de reestructuración, está diseñado con la finalidad de solventar este conjunto de deficiencias presentes en el Impuesto de Sociedades y los impuestos indirectos que someten a tributación determinadas operaciones societarias, con el fin de lograr una no interferencia mediante un régimen neutro.

Con el fin de solventar los problemas previos existentes en el régimen fiscal de éstas operaciones se aprobó la Directiva 90/434, del consejo de las comunidades de 23 de Julio de 1990, provocando posteriormente su trasposición a nuestro ordenamiento por

medio de la ley 29/1991, de 16 de Diciembre. La directiva tenía como objetivo establecer la neutralidad fiscal en ésta materia, neutralidad que previamente no era total, por las antiguas leyes de 61/1978 y 76/1980 que fueron las precursoras del régimen fiscal especial que vino posteriormente. Sin embargo estas leyes no eran neutrales ni tampoco objetivas, ya que el mayor o menor grado de aplicación tributaria a los beneficios era una concesión discrecional.

Desde mi punto de vista, la incorporación del régimen fiscal especial por parte del legislador dentro de la normativa tributaria del impuesto de sociedades no es del todo acertada. Debido a que dicho régimen relativo a las operaciones de reestructuración no afecta exclusivamente al impuesto de sociedades sino también a otros distintos como son, el impuesto sobre la renta, o los impuestos indirectos, valor añadido e incluso el impuesto municipal que grava las plusvalías.

Por ello *debería de estar regulado en una norma independiente* a cualquier impuesto, una norma nueva. Además no existe una norma en nuestro ordenamiento jurídico que haga depender un impuesto de los demás impuestos, en realidad, ¿la competencia para la comprobación de cada impuesto corresponde siempre a la misma administración?, ¿a caso los plazos de devengo y declaración de todos los impuestos son los mismos?, parece que éstos dos interrogantes nos dejan claro que hay diferencias patentes entre éstos impuestos, para su regulación unitaria en un único impuesto. Una razón de peso en aras de defender su incardinación en el impuesto de sociedades sería que las circunstancias para la aplicación del régimen especial son las mismas en todos los impuestos. Es por ello que lo lógico es establecer un procedimiento unitario de comprobación, desde el momento que debe realizarse la oportuna comunicación de la aplicación del régimen especial a la Administración tributaria.

Acerca de este régimen especial, podemos decir que se caracteriza por ser *un régimen opcional*, en el cual el contribuyente decide si acogerse o no al mismo. No le queda otra posibilidad que o bien renunciar al régimen especial o bien aceptarlo, pero para ello deberá cumplir escrupulosamente los requisitos concretos para cada operación de reestructuración que quiera llevar a cabo. Este hecho puede provocar ciertas injusticias, ya que si la operación que se quiere llevar a término no cumple los requisitos establecidos por la normativa no podrá acogerse al régimen especial.

El tribunal Constitucional nos dice sobre la motivación necesaria para acogerse a éste régimen que “no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica” y la motivación debe ser “ la conclusión de una argumentación ajustada al tema”, esta motivación estricta es necesaria con el fin de evitar la arbitrariedad. No obstante, *la mayoría de resoluciones sobre la motivación* de este tipo de operaciones no llegan a alcanzar más que una simple descripción del proyecto o la impetuosa necesidad que éstas son para el empresario en particular, sin haber detrás un estudio profundo detrás.

El artículo 96 del texto refundido del impuesto de sociedades, establece la posibilidad de que los particulares planteen consultas a la administración con el fin de aplicar o no el régimen especial, con carácter vinculante. Sin embargo *estas consultas únicamente nos proporcionan una opinión sucinta* sobre la operación que se realiza y en ningún caso se analizan las consecuencias reales de la operación que quiere llevarse a cabo. Además estas consultas únicamente resuelven los problemas que en ellas se plantean, por lo tanto si no se plantean unos hechos que posiblemente sean perjudiciales para la operación, la resolución a la consulta no versará sobre dichas cuestiones. Esto último puede provocar nuevos problemas, más que evitarlos, porque obliga a la administración a una contestación a priori de imposible cumplimiento y a realizar juicios de valor erróneos, pero necesarios para dar contestación a la consulta. Es por ello que a menudo surgen contestaciones como: “los motivos expuestos pueden reputarse como económicamente válidos”, sin ser concluyente la conclusión a falta de algún otro dato.

La no tributación, bien por no sujeción o por exención de la fusión y demás operaciones societarias varía según el impuesto. En el impuesto de sociedades, dependiendo de si existe o no motivo económico válido. En el impuesto del IVA de si se trasmite o no una unidad económica. En el impuesto de transmisiones patrimoniales, actos jurídicamente documentados y operaciones societarias, en este impuesto no habrá tributación en ninguna circunstancia. Y por último en el impuesto de plusvalía, no van a ser objeto de gravamen.

Como hemos analizado en la práctica, cabe resaltar que *no siempre se pueden compensar las bases imponibles* de la entidad transmitente con la entidad absorbente, como dice el artículo 90.3 TRLIS. Vista la consulta vinculante DGT de 4 de Enero de 2011, en la cual la entidad principal de un grupo trata de absorber a otra entidad del mismo grupo, en este caso la entidad absorbente no puede compensar las bases imponibles negativas de la sociedad transmitente al haber provocado éstas un deterioro

de valor de la cartera fiscalmente deducible de la entidad absorbente, en base al párrafo último del artículo 90.3 TRLIS.

Cada una de las operaciones recogidas en éste régimen se benefician de la neutralidad fiscal regulada, la cuál es necesaria para fomentar una libre elección de la operación a realizar sin apenas costes fiscales. Esta regulación demuestra una tendencia a la libertad de las empresas para poder fusionarse, escindirse, segregarse etc, lo cuál no resulta sorprendente, debido a la situación actual en la que predomina el sistema capitalista y la desregularización.

Bibliografía:

SALTO GUGLIERI J., *Manual de operaciones de reestructuración empresarial, Fusiones, Escisiones, Aportación de Activos y Canje de Valores*. En AA.VV. Romero de Vega Antonio.

RUIZ ZAPATERO G.G., *Régimen Fiscal de operaciones internas y transnacionales de fusión, escisión, aportación y canje de acciones*.

FERNÁNDEZ DEL POZO L., *El derecho contable de Fusiones y Escisiones*.

CALVO VÉRGUEZ J., *Fusiones y Escisiones de Sociedades: Aspectos prácticos fiscales y contables*.

FALCÓN Y TELLA R., *Derecho Fiscal internacional*. En AA.VV.

CALLE SAIZ R., *Concentración de Empresas, Régimen Fiscal en España y en la CEE.*,

PELLETIER ROMÁN A., *Concentración y Reestructuración de Empresas, Interpretación práctica del régimen fiscal vigente*.

CARLOS BERTRÁN L., *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho de Sociedades*. En AA.VV. Tomo II.

ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles*. Ley 3/2009, Editorial Bosh, 2009.

FERNÁNDEZ DEL POZO., *El derecho contable de fusiones y de otras modificaciones estructurales*, Editorial Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M, y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Dykinson, 2011.

AGUIAR, N., *Tributación y contabilidad. Una perspectiva histórica y de derecho comparado*. Editorial Ruiz de Aloza Editores.

Revistas:

GONZÁLEZ GARCÍA A.L., *Reflexiones sobre la aplicación del Régimen fiscal en las operaciones de fusión y asimiladas.*,

PARDO CARMONA M., *El requisito de la Actividad Económica del Régimen Fiscal en las operaciones de fusión de Empresas*.

Anexo

Normativa Interna:

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Vigente hasta el 31 de Diciembre de 2014). (TRLIS).

Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

Normativa Comunitaria:

Directiva del Consejo, de 23 de Julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportación de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros y al traslado del domicilio social de una SCE de un estado miembro a otro.(90/434/CEE)(DOCE L 225, de 20 de Agosto).

Directiva 2009/133/CE del consejo de 19 de Octubre de 2009 Relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportación de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un estado miembro a otro (DOUE L 310, De 25 de Noviembre).

Directiva 2008/07/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Directiva (69/335/CEE) del consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOUE L 249, de 3 de Octubre).

Jurisprudencia:

Audiencia Nacional en su Sentencia de 13 de Octubre de 2009.

La Sentencia del TJCE Zita Mo-des Sarl, en el Asunto C-497/01, de 27 de noviembre de 2003 y Faxworld, Asunto C-137702 de 29 de Abril de 2004

Doctrina Administrativa:

DGT en la resolución 1277/1999

DGT 4 de Enero de 2011.

Resolución V0472-06, de 23 de marzo de 2006, de la DGT

La DGT, en su contestación a la consulta de 19 Febrero de 2009

Resoluciones de la DGT fusiones:

Resolución V0472-06, de 23 de marzo de 2006, de la DGT.

Resolución 0339-02, de 6 de marzo de 2002, de la DGT.

Resolución 0093-01, de 19 de enero de 2001, de la DGT.

Resolución V0151-04, de 30 de septiembre de 2004, de la DGT.

Resolución V0421-06, de 8 de marzo de 2006, de la DGT.

Resoluciones de la DGT escisiones:

Resolución V0406-06, de 08 de marzo de 2006, de la DGT.

Resolución V0478-06, de 23 de marzo de 2006, de la DGT.

Resolución V0597-06, de 31 de marzo de 2006, de la DGT.

Resolución V0692-06, de 11 de abril de 2006, de la DGT.

Páginas web:

www.Noticiasjurídicas.com

www.boe.es

www.notariosyregistradores.comhttp://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/_Segmentos_/Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Foro_Grandes_Empresas.shtml

http://www.ipyme.org/Publicaciones/Guia%20Transmisiones_VG_web.pdf

<http://biomassmagazine.com/articles/7187/mergers-acquisitions-structure-and-tax-basics/?ref=brm>

<https://www.gov.uk/government/policies/reducing-tax-evasion-and-avoidance>

http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10882/codificacion_QF_2010.pdf?sequence=2

<http://www.asesorlex.com/secciones/Las%20operaciones%20de%20reestructuracion%20empresarial%284%29.pdf>

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/11_2010/41_10.pdf

http://www.ief.es/recursos/publicaciones/derecho_financiero/FI_opiniones.aspx

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/\\$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf)

<http://www.allbankingsolutions.com/Banking-Tutor/GAAR-What-is.htm>

<http://www.davismalm.com/UploadedDocuments/Articles/GriffinLevTaxAspectsMergersAcquisitionsUpdated.pdf>

<http://www.nber.org/chapters/c5822.pdf>