



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS  
APORTACIONES DE RAMA DE ACTIVIDAD:  
PRINCIPALES PROBLEMAS ACTUALES Y  
POSIBLES SOLUCIONES.**

Autor: Enrique Moreno-Torres García-Torres

5º E-3 C

Área de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: María Pilar Navau Martínez-Val

Madrid

Abril 2021



## ÍNDICE

Resumen ejecutivo y <i>abstract</i> .....	5
Listado de abreviaturas .....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA. ....	7
2. OBJETIVO DEL TFG, ESTRUCTURA Y DELIMITACIÓN DEL TEMA. ....	7
3. METODOLOGÍA.....	8
<b>CAPÍTULO I. LA APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD.</b> .....	10
1. INTRODUCCIÓN A LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES. .	10
2. EL CONCEPTO TRIBUTARIO DE RAMA DE ACTIVIDAD Y SU INTEGRACIÓN CON EL MERCANTIL. ....	11
<b>2.1 Concepto tributario de rama de actividad en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades.</b> .....	12
<b>2.2. Concepto mercantil de aportación de rama de actividad.</b> .....	16
3. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE RAMA DE ACTIVIDAD.....	19
<b>3.1. Ejercicio de la opción fiscal.</b> .....	19
3.1.1. <i>Incidencia de las Directivas relativas a las reestructuraciones empresariales en la evolución normativa interna.</i> .....	19
3.1.2. <i>Funcionamiento actual en el ordenamiento interno.</i> .....	22
<b>3.2. Funcionamiento del régimen de diferimiento.</b> .....	23
<b>3.3. Principio de proporcionalidad.</b> .....	25
<b>3.4. Principio de neutralidad.</b> .....	26
3.4.1. <i>Concepto de neutralidad.</i> .....	26
3.4.2. <i>Motivo económico válido.</i> .....	27
<b>3.5. Otros requisitos de aplicación.</b> .....	30
3.5.1. <i>Requisito de tributación.</i> .....	30
3.5.2. <i>Requisito de territorialidad.</i> .....	31
<b>CAPÍTULO II. PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN ACTUAL DE RAMA DE ACTIVIDAD.</b> .....	32
1. DISTINCIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD CON ACTIVIDAD ECONÓMICA.	32
2. REQUISITO DE AUTONOMÍA. ....	33
3. ELEMENTOS PATRIMONIALES INCLUIDOS.....	35
4. SOMETIMIENTO DE LA APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD AL RÉGIMEN DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	37

5. EL PROBLEMA DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL.....	40
<b>5.1. ¿Es posible una aportación de rama de actividad por sucesión universal?</b> .....	40
<b>5.2. Compensación de bases imponibles negativas.</b> .....	42
<b>CONCLUSIÓN: PRINCIPALES PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES.</b>	45
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	49
1. LEGISLACIÓN.....	49
2. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA. ....	50
3. OBRAS DOCTRINALES. ....	52
4. RECURSOS DE INTERNET.....	54

## **Resumen ejecutivo y *abstract*.**

### **Resumen ejecutivo.**

Las aportaciones de rama de actividad son modificaciones estructurales con una gran incidencia en el ámbito jurídico y económico de las empresas. Por ello, es de vital importancia conocer en detalle esta figura en su ámbito tributario, con la aplicación del régimen fiscal especial de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, así como en el ámbito mercantil, para diferenciarlo de figuras similares, como la segregación. No obstante, existen ciertos problemas legislativos e interpretativos que dificultan la aplicación de este régimen especial de tributación, como los motivos económicos válidos, el requisito de autonomía, la delimitación del régimen aplicable o la sucesión universal.

Así, a lo largo del trabajo se profundiza sobre el concepto de aportación de rama de actividad, el régimen fiscal especial del Impuesto sobre Sociedades, las principales dificultades para la aplicación de este régimen y posibles soluciones para paliar estas deficiencias.

**Palabras clave:** Rama de actividad, tributación, Impuesto sobre Sociedades, neutralidad fiscal, Modificaciones Estructurales Empresariales.

### ***Abstract***

*Non-monetary activity branch contributions are structural modifications with a major impact on legal and economic companies' issues. For this reason, it is vitally important to understand this figure in detail in the tax sphere, with the application of the special corporate tax regime, as well as in the corporate sphere, to differentiate it from similar figures, such as segregation. However, there are certain legislative and interpretative problems that hinder the application of this special tax regime, such as valid economic reasons, the requirement of autonomy, the delimitation of the applicable regime or universal succession.*

*Thus, this paper explores the concept of non-monetary activity branch contributions, the special corporate tax regime, the main difficulties in applying this regime and possible solutions to remedy these shortcomings.*

**Key words:** *Activity branch, taxation, Corporate Income Tax, tax neutrality, Structural Business Modifications.*

## **Listado de abreviaturas**

DGRN: Dirección General del Registro y el Notariado.

DGT: Dirección General de Tributos.

IRPF: Impuesto sobre la Renta de la Persona Física.

IS: Impuesto sobre Sociedades.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

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

LSC: Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

MEH: Ministerio de Economía y Hacienda.

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central.

UE: Unión Europea.

## **INTRODUCCIÓN.**

### **1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.**

La aportación de rama de actividad es un concepto escasamente desarrollado a nivel legal y con numerosas implicaciones tanto en el mundo jurídico como empresarial. Esta operación societaria está estrechamente relacionada con otros conceptos tipificados en la Ley de Modificaciones Estructurales de sociedades mercantiles (en adelante LME)<sup>1</sup>, como son la segregación o la escisión parcial. De esta forma, la transmisión de unidades económicas entre varias sociedades requiere una gran planificación y constituye una de las más importantes y costosas operaciones financieras del mercado. Por ello, es esencial la diferenciación de estas figuras y de sus implicaciones en el ámbito fiscal y mercantil para así implementar la operación adecuada para cada situación, teniendo en cuenta los requisitos que se plantean. Esto permite una reducción de costes, una alineación con los objetivos empresariales de las sociedades implicadas y una seguridad adicional de haber actuado conforme a la ley.

Un asunto tan versátil, multidisciplinar y concreto es idóneo para llevar a cabo una investigación diligente y concienzuda para aclarar varias de las incógnitas que se plantean a la hora de tratar con esta operación: qué es, cómo está regulada, cuáles son sus diferencias respecto a otros conceptos jurídicos, cuáles son los principales problemas jurídico-tributarios que rodean a esta figura y cuáles son las posibles reformas de la normativa tributaria que se pueden realizar para mejorar su regulación y adaptarla a la realidad.

### **2. OBJETIVO DEL TFG, ESTRUCTURA Y DELIMITACIÓN DEL TEMA.**

El objetivo de este Trabajo Fin de Grado es profundizar acerca del concepto jurídico de aportación de rama de actividad, en especial en el ámbito tributario, en primer lugar, recopilando su desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal, posteriormente, mostrando los principales problemas resultantes de este análisis y, finalmente,

---

<sup>1</sup> Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

presentando soluciones a los obstáculos que dificultan una regulación más adecuada de esta figura.

En concreto, este proyecto pretende hacer hincapié en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS). Este tributo somete a gravamen la ganancia patrimonial que aflora como consecuencia de la transmisión de la rama de actividad. Además, para este caso particular, el IS tiene gran importancia puesto que cuenta con un régimen especial, el régimen de fusiones y escisiones del Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014 reguladora del Impuesto sobre Sociedades<sup>2</sup> (en adelante, LIS), donde se ofrece una opción tributaria aplicable a este caso. Simplificadamente, esta consiste en la exoneración de la tributación de la ganancia patrimonial en la entidad transmitente y el diferimiento de su tributación en el Impuesto sobre Sociedades de la adquirente.

Como delimitación del tema, cabe señalar que el proyecto estará principalmente enfocado en el ordenamiento jurídico interno y no se acudirá al Derecho comparado de manera recurrente para profundizar sobre la jurisprudencia nacional existente. No obstante, se realiza una relevante mención a la normativa armonizada de la Unión Europea (en adelante, UE) en cuanto que es necesaria para el desarrollo del mercado interior, y en este sentido se examinará la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial, cuestión que también se aborda cuando los activos aportados estén situados en otros Estados miembros y/o la transmitente y adquirente sean entidades no residentes en España. Además, por supuesto todas las cuestiones se resuelven teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria en la línea marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### 3. METODOLOGÍA.

Reforzando la diversidad de disciplinas que se tratan en este trabajo, el tema se enfoca primeramente desde un punto de vista tributario, para después integrarlo con los conceptos mercantiles regulados de forma simultánea. Tanto en esta parte inicial como

---

<sup>2</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

en las posteriores, cobrarán una especial importancia las referencias jurisprudenciales, principalmente del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, así como la doctrina administrativa, donde las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC) y las consultas de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) complementarán la doctrina académica y científica, logrando así un proyecto muy completo, específico y justificado.

## **CAPÍTULO I. LA APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD.**

### **1. INTRODUCCIÓN A LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES.**

La globalización es un fenómeno que nos afecta en la mayoría de los ámbitos en nuestra vida y, a pesar de estar en jaque tras un catastrófico 2020, continúa teniendo sus efectos en el mundo jurídico y empresarial. En concreto, si la inestable situación no lo cambia, tanto la regulación comunitaria como la nacional buscan la senda de la armonización para lograr una cohesión más firme entre los Estados miembros. Esta vinculación persigue estimular operaciones empresariales entre países afines, los cuales ofrecen oportunidades más amplias que exclusivamente el mercado nacional.

Dentro de estas interacciones entre Estados, cobran una especial importancia las operaciones de reestructuración empresarial. Estas operaciones constituyen un auténtico reto a nivel jurídico y tienen un importantísimo impacto económico, entre otras cosas, por las consecuencias fiscales que la transmisión en bloque de todo el patrimonio o de una rama de actividad provocan en una entidad mercantil.<sup>3</sup>

En aras de incentivar las reestructuraciones empresariales o, de al menos, no obstaculizarlas, se dictó la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990<sup>4</sup>. Dadas las distintas regulaciones entre los Estados miembros, el principal objetivo de esta disposición normativa era conformar un núcleo legal común en este ámbito, fortaleciendo el mercado interior y creando un clima de homogeneidad entre los entonces doce miembros de la Comunidad Económica Europea. De esta forma, en búsqueda del cumplimiento de sus fines, la Directiva 90/434/CEE estableció un régimen de diferimiento de la tributación de las plusvalías obtenidas como resultado de este tipo de operaciones. Actualmente, aunque ha quedado derogada por la más reciente Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, se ha mantenido el mismo criterio, adaptándose a las nuevas exigencias.

Para comenzar, esta introducción hacia el régimen regulador de las reestructuraciones empresariales requiere una aclaración terminológica acerca del concepto sobre el que este trabajo se centra. En el ámbito comunitario, el término utilizado para describir la

---

<sup>3</sup> VV. AA, “Reestructuraciones empresariales: Régimen fiscal del Impuesto sobre Sociedades” en *Thomson Reuters Aranzadi Experto (DOC 2003/523)*, p.1. (Base de datos consultada el 17/09/2020).

<sup>4</sup> Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

aportación de rama de actividad es “aportación de activos”<sup>5</sup>. A pesar de que parezca una aclaración obvia, dadas las similitudes entre estas modificaciones estructurales y, teniendo en cuenta las discusiones doctrinales acerca de la identidad formal y funcional con la segregación que se explica posteriormente, este inciso resulta esencial antes de ahondar en cuestiones más complejas.

Por otro lado, las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE quedan reguladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades. En concreto, las cinco figuras recogidas en estos artículos son las fusiones, las escisiones, las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, los canjes de valores, y los cambios de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la UE. Cada una de estas modalidades tiene sus propias subclases, con sus respectivas diferencias y especialidades, acerca de las cuales no se trata de profundizar en este proyecto. No obstante, el denominador común de todas ellas es que se encuentran dentro de las modificaciones estructurales que, más allá de tratarse de simples modificaciones estatutarias, gozan una regulación especial en el ámbito mercantil con la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME)<sup>6</sup>.

Así, a lo largo de este capítulo se examinará de forma pormenorizada la aportación de rama de actividad, comenzando desde un punto de vista más general hasta lo más concreto. Para ello, se tratará qué operaciones están sometidas al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades, qué diferencias se encuentran entre estas figuras y la aportación de rama, qué legislación aplicable es aplicable en la actualidad, cómo quedó transpuesta la citada Directiva 2009/133/CEE y cuál es su régimen.

## 2. EL CONCEPTO TRIBUTARIO DE RAMA DE ACTIVIDAD Y SU INTEGRACIÓN CON EL MERCANTIL.

Tras esta introducción, pasamos a analizar el concepto de rama de actividad y cómo queda diferenciado de otras figuras similares. Dada esta similitud, previamente se examina

---

<sup>5</sup> Calvo, J. “Régimen fiscal especial aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de canje de valores: su compatibilidad con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 21, 2011, p. 1.

<sup>6</sup> Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

desde un punto de vista tributario, definido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades e interpretado por la doctrina administrativa, para posteriormente abordar su definición mercantil en la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 3/2009).

## **2.1 Concepto tributario de rama de actividad en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades.**

La rama de actividad es un concepto amplio y con incidencia en diversos ámbitos, como el tributario y el mercantil, escasamente desarrollado a nivel legislativo y jurisprudencial y sobre el que queda parcialmente indeterminado su contenido y sus delimitaciones. Por ello, al no poder encontrar una definición cerrada y precisa de todos los aspectos que abarca la ley, la jurisprudencia y su desarrollo doctrinal, resulta adecuado fijar como punto de partida en el análisis de esta figura una perspectiva legislativa desde el ámbito tributario.

En el capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>7</sup>, se realiza un despliegue normativo en el que desarrollan de forma clara las figuras del régimen especial de fusiones, escisiones, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. Su objetivo principal es dar cumplimiento al principio de neutralidad que está previsto en la exposición de motivos de la LIS, simplificar sus trámites administrativos y posibilitar el diferimiento en el pago de impuestos.<sup>8</sup>

Dentro de este régimen especial se encuentra la regulación de la aportación de rama de actividad, donde el artículo 76.4 de la Ley 27/2014 reguladora del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, “LIS”) recoge esta definición:

*“Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica **autónoma** determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.”*

---

<sup>7</sup> Artículos 76 a 89 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>8</sup> VV. AA “Reestructuraciones empresariales: Régimen fiscal del Impuesto sobre Sociedades” cit. p.1.

El concepto de rama de actividad previsto en este artículo se utilizará en varias operaciones diferentes, aunque nos centraremos en la aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76,3 LIS) que se diferencia de otras figuras similares como la escisión de rama de actividad (art. 76,2,1, b) LIS), yendo pues el concepto fiscal de rama de actividad más allá del previsto para figuras similares en la Ley de Modificaciones Estructurales. No obstante, antes de compararlo con el resto de las figuras mercantiles, como se hace en el siguiente punto del presente capítulo, conviene profundizar sobre esta definición e interpretar su contenido.

El origen de esta definición de rama de actividad nos viene dada por la Directiva 2009/133/CE<sup>9</sup>, donde se dispone lo siguiente:

*“j) Rama de actividad: el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.”*

Esta definición dada por el Derecho comunitario es prácticamente idéntica a la contenida en el artículo 76.4 de la LIS, sin que se produzca ningún tipo de incongruencia entre ambas.

Para concretar más el significado y la extensión de este concepto de rama de actividad conviene analizar la doctrina administrativa. En concreto, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 5 de febrero de 2015<sup>10</sup> establece unos requisitos para que se pueda producir una aportación de rama de actividad:

*“Que el patrimonio segregado constituya una **unidad económica**, determinante de una explotación económica; sin que baste la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados.*

*Que dicha unidad económica sea **“identificable”**, esto es, desde el punto organizativo debe constituir una división, de forma tal que permita el desarrollo de la actividad en sede de la transmitente y de la adquirente, pero de forma diferenciable, con una*

---

<sup>9</sup> Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre (LCEur 2009, 1752) 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.

<sup>10</sup> Resolución TEAC 5 de febrero de 2015. JT 2015/677.

*organización diferenciada del resto de la estructura organizativa de la entidad transmitente y adquirente.*

*Que la rama de actividad sea **preexistente** en la sociedad que se escinde, haciéndose hincapié en que si los elementos traspasados a las beneficiarias no formaban parte de una rama de actividad de la sociedad escindida, sino que se integraban en la actividad global desarrollada por la misma, no puede hablarse de que exista una escisión de “rama de actividad”, en el sentido exigido por la norma.”*

Estos requerimientos completan perfectamente las definiciones de la LIS y de la Directiva 2009/133/CEE pudiendo resumirse que consiste en aportar unos activos que constituyan una unidad económica identificable y preexistente a dicha transmisión<sup>11</sup>, rasgos definatorios que debemos analizar detenidamente.

En primer lugar, como unidad económica, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) mantiene que el propio concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial. Además, esta debe determinar la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma<sup>12</sup>. Tal individualización es la que permite que la entidad receptora del patrimonio escindido pueda continuar ejerciendo dicha actividad, lo cual implica que se parta de la previa existencia de esta antes de la operación de escisión (segregación o aportación de rama de actividad) en la entidad transmitente<sup>13</sup>.

Frente a las exigencias de la Administración cuando demanda la existencia de una gestión y organización diferenciada para cada conjunto, en sede de la entidad transmitente, como requisito para que pueda advertirse la existencia de varias ramas de actividad, o también pronunciamientos jurisprudenciales donde se concluyó que no existían dos ramas diferenciadas en el seno de la escindida<sup>14</sup>, Sánchez Manzano considera que esos criterios se encaminan a dificultar el fraccionamiento en ramas de actividad de igual o similar

---

<sup>11</sup> VV. AA, “Rama de actividad” en *Guías Jurídicas. Wolters Kluwer*, p.11. Base de datos consultada 01/11/2020.

<sup>12</sup> Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

<sup>13</sup> Consulta DGT V0017-2002, de 21 de mayo de 2002.

<sup>14</sup> Pues la existencia de dos delegaciones territoriales diferenciadas no era un dato ilustrativo, ya que “la estrategia empresarial era única y la diferenciación debe obedecer a criterios organizativos o estratégicos, de modo que la mera diferenciación territorial no representa basamento suficiente para advertir ramas diferenciadas”. Sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de marzo, 12 de mayo de 2011 y 30 de junio de 2011,

naturaleza. También es crítico con esta interpretación con base en que la definición de rama de actividad exige una «unidad económica autónoma» o bien un «conjunto capaz de funcionar por sus propios medios», lo que se traduce en la demanda de una mínima autonomía funcional y operativa, pero no se solicita implícitamente un nivel determinado de diferenciación entre unos y otros conjuntos. Finaliza, manifestando que una hipotética interpretación finalista podría llevar a concluir que el umbral de diferenciación debe llevar a que, en última instancia, no se materialicen enajenaciones puras o repartos de patrimonios, sino una efectiva reorganización <sup>15</sup>.

En segundo lugar, la explotación económica ha de existir también previamente y haber operado como unidad económica en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, de tal manera que ésta podrá seguir realizando la misma actividad en condiciones análogas <sup>16</sup>.

Aquí surge la cuestión de cuánto tiempo ha de haber estado funcionando previamente a su transmisión. La DGT, en su Resolución de 24 de marzo de 2009<sup>17</sup>, añade como requisito adicional, la necesidad de que la rama de actividad en sede de la transmitente se haya consolidado al menos durante un año, a los efectos de ratificar la «afección» de los elementos escindidos. No obstante, también hace alusión a pronunciamientos judiciales aislados que no comparten este criterio mayoritario como es el caso de la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2004 <sup>18</sup>.

Sánchez Manzano, a partir de la noción de “susceptibilidad” contenida en la definición de rama de actividad, matiza el requisito de preexistencia, manifestando que “Es primordial la atención al principio de continuidad de empresa, pero no observado de manera tan rígida pues implícitamente lo que se solicita es una persistencia en la esencia de la actividad”<sup>19</sup>. Así, en el caso de si se aporta una actividad en fase preparatoria y se consume su inicio en sede de la adquirente, según el supuesto, cabría advertir tal continuidad. De este modo, lo fundamenta en que “El concepto de rama, cincelado en la Directiva, no cierra el paso a la posibilidad de transmitir una actividad en estado

---

<sup>15</sup> Sánchez Manzano, J.D., “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”. *Revista Quincena Fiscal* num.13/2012 (BIB 2012\1167), p.9.

<sup>16</sup> Consulta DGT V0101-16, de 15 de enero de 2015.

<sup>17</sup> Consulta DGT V0574-09, de 24 de marzo de 2009.

<sup>18</sup> Duro Hernández, L. Espinosa Valtueño, E.: “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2011(BIB 2011\1630), p. 5.

<sup>19</sup> Sánchez Manzano, J.D., “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”, cit. p.6.

preparatorio que consume su inicio en sede de la adquirente, pues cuando alude a una «explotación autónoma» explícita que debe predicarse desde el «punto de vista de la organización»<sup>20</sup>.

Por tanto, y sin ánimo de ser reiterativo, sino exhaustivo en la explicación, junto con la definición y las distintas posturas de algunos autores que se han expuesto, resulta interesante enumerar todas las características reflejadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2009<sup>21</sup>, donde se explicita que la rama de actividad se refiere a:

1. Un conjunto de bienes y, en ocasiones, también de personas.
2. Propios de la sociedad aportante.
3. Constituidos por elementos patrimoniales, es decir, tanto activos como pasivos.
4. Formando unidades económicas coherentes, autónomas e independientes de otras.
5. Capaz de funcionar por sus propios medios.
6. Preexistentes al tiempo de hacer la aportación, sin que sea posible una suma de elementos potencialmente constitutivos de una unidad económica autónoma.
7. En la que la sociedad adquirente realice una actividad de explotación de los elementos aportados.

## **2.2. Concepto mercantil de aportación de rama de actividad.**

Tras las aclaraciones conceptuales realizadas en los apartados *supra*, es el momento de acercarse al ámbito mercantil, el cual tiene su propia definición: La aportación de rama de actividad consiste en la aportación de una entidad, sin que esta se extinga, a otra, de nueva creación o ya existente, de una rama de actividad, a cambio de que se entreguen valores representativos del capital social de la entidad adquirente.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Sánchez Manzano, J.D., “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”, cit. p.6.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2009 (RJ 2010, 1218). Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo

<sup>22</sup> Calvo, J., “Régimen fiscal especial aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de canje de valores: su compatibilidad con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2011, Nº 21, 2011, págs. 44-53.

En concordancia con la definición tributaria, la rama de actividad deberá ser una unidad económica autónoma y la contraprestación la recibirá la entidad aportante y no sus socios, en el caso de que se trate de una sociedad.

Cualquiera no familiarizado con las modificaciones estructurales podría pensar que esta definición es idéntica o parecida a las modalidades de escisión parcial o segregación, reguladas en la LME. De esta forma, es necesario abordar todas las diferencias entre estas figuras mercantiles.

La entrada en vigor de la LME en 2009 tuvo una enorme repercusión en el ámbito mercantil respecto a las Modificaciones Estructurales. En concreto, uno de los problemas más complejos al respecto es la diferenciación entre la escisión parcial, la segregación y la aportación de rama de actividad.

En relación con la escisión parcial, las diferencias con la aportación de rama no aportan una controversia significativa. En el caso de la escisión, la contraprestación por los bienes aportados en forma de acciones, participaciones o cuotas se dirigen a los socios de la sociedad aportante, en lugar de a la propia entidad, por lo que no existiría una total analogía entre ambas modalidades, pudiendo calificarlas como “similares”, pero indudablemente diferentes.<sup>23</sup>

Por otro lado, la segregación sí ofrece mayores dificultades a la hora de distinguirla de la figura que nos atañe. Conceptualmente, esta queda incluida como una modalidad de escisión, al mismo tiempo que resulta idéntica a la aportación de rama, a pesar de que sean figuras diferentes y que estén sometidas a regímenes jurídicos distintos.<sup>24</sup>

Dentro del concepto de segregación, es preciso adentrarse en el articulado de la LME para comprender su definición, donde el artículo 71 establece:

*“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, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”*

---

<sup>23</sup> VV. AA “Rama de actividad”, cit. p.10.

<sup>24</sup> Rodríguez, F. “Escisión, segregación y aportación de rama de actividad”, *Academia Matritense del Notariado*, revista N° 32, 2010. (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1118-escision-segregacion-y-aportacion-de-rama-de-actividad-0-11135258163451457>, última consulta 13/01/2021)

De esta forma, tras analizar este artículo, parece existir una identidad formal y funcional entre ambas figuras<sup>25</sup>, coincidiendo en las tres principales características definitorias de ambas:

1. La sociedad segregada/aportante no se extingue.
2. Los elementos transmitidos deben formar una unidad económica.
3. La contraprestación en acciones, participaciones y cuotas la recibe la sociedad y no sus socios.

Ambas modificaciones estructurales únicamente aparecen diferenciadas en su régimen jurídico, en el que la segregación queda vinculada por la LME y en sus efectos. Además, estos efectos hacen referencia a la sucesión universal de los elementos patrimoniales transmitidos en el caso de segregación y se discute si esto es posible para la aportación de rama de actividad, o se producirá a título singular. Sin embargo, esta posibilidad se resolverá también en el siguiente capítulo, relativo a problemas jurídicos de la aportación de rama de actividad.

Por último, es preciso recordar que la existencia de una rama de actividad es una cuestión de hecho que deberá ser probada por cualquier medio de prueba válido en Derecho, y cuya valoración corresponderá en su caso, a los órganos competentes de la Administración Tributaria<sup>26</sup>. Sánchez Manzano aborda el tema de la coincidencia o no del concepto de unidad económica en el ámbito mercantil y fiscal, si bien estima que la calificación registral debe contribuir a desmontar cortapisas, estableciendo una presunción a favor del administrado, que debiera hacer recaer la carga de la prueba de la no existencia de rama de actividad sobre la Administración<sup>27</sup>.

Tras el desarrollo conceptual de estas figuras y la comprensión de su versión tributaria y mercantil es el momento de profundizar en la estructura y el funcionamiento propiamente dicho del régimen fiscal especial, regulador de la aportación de rama de actividad.

---

<sup>25</sup> Llega a plantearse la obligatoriedad de someter a la aportación de rama de actividad al régimen de la segregación y, por tanto, de la segregación de la LME, aunque se profundizará sobre ello en el próximo capítulo.

<sup>26</sup> Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

<sup>27</sup> Sánchez Manzano, J.D., Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad, cit., p.4.

### 3. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE RAMA DE ACTIVIDAD.

En la línea en la que se dispone la Directiva 2009/133/CEE, se introduce el régimen de diferimiento en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014) para regular las operaciones de reestructuración empresarial entre las que se encuentra la aportación de rama de actividad. La influencia de la Directiva se cita expresamente en la sentencia 20 de julio de 2014 del Tribunal Supremo<sup>28</sup>, donde se hace referencia a este régimen bajo la denominación de “régimen de diferimiento”:

*“[...] El contenido de la Directiva 2009/133/ CEE gira en torno a la implementación de un beneficio para las **operaciones de reestructuración empresarial**, construido a partir de un régimen opcional para el contribuyente llamado **régimen de diferimiento** [...]”*

En consecuencia, este sistema se ha considerado el más idóneo para, tal y como defiende la sentencia, “beneficiar las operaciones de reestructuración empresarial”. No obstante, de acuerdo con su configuración, más que contribuir a estas operaciones, la idea principal es no entorpecer su desarrollo, eliminando todos los posibles obstáculos, en este caso, el coste tributario inmediato.

#### 3.1. Ejercicio de la opción fiscal.

##### *3.1.1. Incidencia de las Directivas relativas a las reestructuraciones empresariales en la evolución normativa interna.*

En la legislación reciente, el régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social se ha establecido como un régimen fiscal especial **opcional**. En sus inicios fue regulado por la Ley 29/1991<sup>29</sup>, donde se estableció la obligación de solicitar la aplicación de este régimen al Ministerio de Economía y Hacienda (en adelante, “MEH”), cumpliendo con las demás formalidades pertinentes.

Este sistema quedó configurado como un **sistema de opción rogada**, según el cual, si el contribuyente quería beneficiarse de estos incentivos fiscales debía manifestar su intención de tributar por esta vía previamente a implementar la operación. En caso

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2014. RJ 2014\5295. Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo.

<sup>29</sup> Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

contrario, de no realizarse esta solicitud o de no cumplir con los requisitos formales, no resultaba aplicable este régimen fiscal, al no reconocerse el ejercicio de la opción por parte del contribuyente.

Sin embargo, se planteó la duda de si la exigencia de reconocimiento del ejercicio de la opción para su aplicación era adecuada, dados los numerosos instrumentos por los que la Administración Pública podría conocer la opción por este régimen, una simple comunicación por parte del contribuyente a la Agencia Tributaria debía ser suficiente para cumplir con el principio, así como con la obligación de información. Así, se agilizaban los trámites y facilitaba el ejercicio de esta posibilidad tanto para el contribuyente como para la Administración. Como respuesta a esta cuestión, nuestra jurisprudencia se opuso a la exigencia de estos requisitos formales al declararlos contrarios al Derecho comunitario, provocando un cambio en la aplicación de este régimen especial para el obligado tributario.

Históricamente en nuestra legislación se ha contado con numerosos aspectos formales exigidos para la aplicación de este régimen especial, resultando precisamente contrario a lo que las normas comunitarias querían evitar<sup>30</sup>. Esta contraposición al Derecho de la Unión Europea no pasó desapercibida, quedando constancia de esta discordancia en la sentencia de 16 de junio de 2010 del Tribunal Supremo<sup>31</sup>, en la que se catalogaba el requisito formal de comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda de optar por este régimen “*un obstáculo contrario a la Directiva 90/434*”<sup>32</sup>. Por ello, el Supremo en dicha Sentencia desplaza el Derecho interno y hace prevalecer las disposiciones de la Directiva, requiriendo una nueva regulación nacional del precepto. Adicionalmente, este criterio quedó reiterado en la sentencia del TS de 13 de enero de 2011<sup>33</sup>, donde se consideraba la comunicación previa al Ministerio una traba que contravenía la Directiva 90/434/CEE<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Previamente a la entrada en vigor de la actual Directiva 2009/133/CE, las operaciones de reestructuración eran reguladas por la Directiva 90/434/CEE. En la búsqueda de mejorar el funcionamiento de las operaciones entre los Estados miembros y estimular su desarrollo, se estableció una regulación que estaba dirigida a evitar penalizaciones fiscales en los Estados miembros, salvo en los casos de fraude o evasión fiscal.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010. RJ 2004/3300. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

<sup>32</sup> Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2011. RJ 2011/1080. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

<sup>34</sup> Estas discordancias entre el derecho interno y el de la UE no son un fenómeno nuevo, como ya se vio en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 9 de julio de 2009 (asunto C-

Ambas sentencias del Tribunal Supremo se vieron reforzadas por una nueva sentencia del mismo Tribunal, la de 14 de mayo de 2012, donde se hizo de nuevo mención específica al requerimiento de comunicación al Ministerio<sup>35</sup>. Este último pronunciamiento tiene especial importancia, ya que los motivos de casación cuestionan, por un lado, el carácter constitutivo de la comunicación previa a la Administración tributaria para la aplicación del régimen fiscal especial previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente en el momento del recurso<sup>36</sup>, así como el segundo motivo de casación califica el requisito de la comunicación previa como contrario a la Directiva 90/434.

La primera cuestión fue resuelta confirmando lo dispuesto en las dos sentencias mencionadas del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2010 y de 13 de enero de 2011, en las que categóricamente desmiente este requisito como no constitutivo:

*“La conclusión a la que llegamos en aquellas dos primeras sentencias (las de 16 de julio de 2010 y 13 de enero de 2011) es que **la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda con carácter previo a la inscripción de la correspondiente escritura, que debía hacer el sujeto pasivo para acceder al régimen especial en los términos redactados por el artículo 110.1 de la Ley 45/1995, no tiene carácter constitutivo.**”*

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012, en su fundamento jurídico cuarto sí que exige alguna forma de comunicación con la Administración para exteriorizar su intención de realizar una reorganización empresarial, sin que esto tenga que significar una traba a la hora de realizar una de estas operaciones:

*“Ahora bien, por obvias razones de seguridad en el tráfico jurídico, esa opción de que disponen las entidades y las sociedades inmersas en procesos de reorganización empresarial **debe ser manifestada o exteriorizada de alguna manera...**”*

Como consecuencia de estas tres sentencias, el legislador se vio obligado a adaptar nuestras normas internas a los requisitos comunitarios, estableciendo el sistema que se expone en el siguiente apartado.

---

397/07). Este caso se produjo por la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de nuestro ordenamiento jurídico y la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio de 1969 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012. RJ 2009/7012. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

<sup>36</sup> Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

### 3.1.2. *Funcionamiento actual en el ordenamiento interno.*

Fruto de la confrontación entre el ordenamiento jurídico interno con el Derecho comunitario y de los sucesivos ajustes legislativos, finalmente la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades queda configurada como una opción **de aplicación automática**. Esto quiere decir que, la actual regulación del régimen fiscal especial sobre reestructuraciones empresariales se regula de la manera contraria, es decir, requiriendo una comunicación expresa por el contribuyente de **no** querer aplicar este régimen, renunciando voluntariamente a sus beneficios fiscales <sup>37</sup>.

Esta comunicación la realizará la entidad adquirente, salvo que esta no sea residente en territorio español, en cuyo caso la realizará la transmitente cuando ninguna de las partes resida en España, serán los socios quienes tendrán dicha obligación. Debe recordarse que la costosa armonización entre las leyes nacionales de los distintos Estados miembros se produjo con la intención de estimular las operaciones de reestructuración, o de eliminar el máximo número de obstáculos posible para ello. De este modo, es comprensible que el legislador nacional establezca trabas a una aplicación inadecuada de este incentivo fiscal y, sobre todo, un sistema de control de oficio por la Administración del correcto sometimiento al mismo. Un ejemplo de esta rigurosidad al respecto es la sanción proporcionada a entidades no residentes en territorio español cuando no realicen la comunicación de sometimiento al régimen fiscal especial en los plazos establecidos. Esto se considerará una infracción grave y tendrá una multa de 10.000 €.

De este modo, la nueva legislación resulta muy beneficiosa con respecto a sus predecesoras, en las que existían obstáculos y se cargaba a la Administración con una mayor supervisión. En cambio, ahora existe un perfecto cumplimiento de la normativa comunitaria, al mismo tiempo que se ha configurado un proceso más eficiente y sencillo tanto para el contribuyente como para la Agencia Tributaria.

En conclusión, la evolución de la tributación por el régimen especial se clasifica en tres fases. En primer lugar, como una opción rogada con carácter constitutivo, hasta su declaración como contrario al Derecho de la Unión Europea, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2010, 2011 y 2012, pasando a ser requerida únicamente una simple comunicación de la opción y, finalmente, desde la entrada en vigor de la actual Ley

---

<sup>37</sup> García-Olías, "La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones", cit. p. 4.

27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, como una sistema de aplicación de carácter automático y sobre la que se puede desistir con una comunicación dirigida al Ministerio de Economía y Hacienda dentro de los plazos establecidos.

### **3.2. Funcionamiento del régimen de diferimiento.**

Adentrándonos específicamente en el funcionamiento de este régimen, para entender las ventajas del diferimiento es necesario hacer una brevísima referencia al régimen general del IS. Simplificadamente, esta modalidad, aplicada por norma general, grava las rentas obtenidas por las empresas cada período impositivo, el cual tiene una duración máxima de un año. Para ello, se aplican los artículos 4 y 27 de la LIS en relación con el hecho imponible y al periodo impositivo respectivamente, así como el artículo 17.3 de la LIS, según el cual se valoran las aportaciones no dinerarias a valor de mercado, aplicando los métodos de valoración previstos en el artículo 18.4 de la LIS.

No obstante, el régimen de diferimiento del Capítulo VII del Título VII de la LIS permite no tributar por las plusvalías generadas en las operaciones de reestructuración hasta que estos bienes sean enajenados posteriormente. En nuestro caso concreto, al aportar una rama de actividad, la entidad transmitente no deberá tributar por la plusvalía resultante de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y el valor neto contable, sino que esta obligación se traspa a la entidad adquirente en el momento en que decida transmitir esta rama de actividad de nuevo<sup>38</sup>, para lo que la sociedad adquirente deberá valorar e incorporar en su contabilidad la nueva rama actividad por el valor neto contable de la sociedad aportante, resultando la plusvalía exenta en este momento<sup>39</sup>.

En consecuencia, a pesar de que estos activos se hayan revalorizado, se hará referencia a su valor histórico, siendo este el propio valor de adquisición por la transmitente y, en el momento de transmitir estas ramas de actividad adquiridas, aflorarán las plusvalías latentes sobre el valor contable inicial, tributando las plusvalías incluidas cuando se produjo esa transmisión inicial<sup>40</sup>. Es decir, no se valora la operación por el valor normal

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2014. RJ 2014/5295. Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo.

<sup>39</sup> Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. *Derecho Fiscal Internacional*. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 162.

<sup>40</sup> VV. AA, “Rama de actividad”, cit. p. 13.

de mercado, como dispone el artículo 17.3 de la LIS, para diferir la tributación de la plusvalía latente de la rama de actividad a un momento posterior y por el sujeto pasivo adquirente.

Este método de valoración puede resultar confuso y, por ello, para explicarlo, hago referencia a la doctrina administrativa contenida en la consulta de la DGT V419-16<sup>41</sup>, en la que se aplica la legislación correspondiente a la valoración fiscal de los bienes adquiridos.

Dentro de la cuestión se plantea la valoración de los activos en un traslado de domicilio al extranjero dentro de la Unión Europea, con la intención de que la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de sus activos no quede integrada en el Impuesto sobre Sociedades. En este caso, y como se haría para un supuesto de aportación de rama de actividad, se recurre al artículo 78.1 de la LIS:

*“Los bienes y derechos adquiridos mediante las transmisiones derivadas de las operaciones a las que haya sido de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior se valorarán, a efectos fiscales, por los **mismos valores fiscales** que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente.”*

Por tanto, podrá mantenerse el valor correspondiente que tenía la entidad antes de la operación, que por extender su aplicación, al tratarse de la misma norma a la aportación de rama de actividad significa que se mantendrá el valor fiscal de la entidad aportante hasta que se transmita de nuevo, en cuyo caso se tributará por las plusvalías afloradas latentes desde la transmisión inicial sobre el valor contable.

Sin embargo, la aplicación de este proceso no es tan sencillo como cumplir estas obligaciones contables. Para que una operación pueda someterse legalmente al régimen fiscal especial del capítulo VII del Título VII de la LIS, deberá cumplir también con determinados requisitos derivados de los principios que protagonizan los dos siguientes apartados: el principio de proporcionalidad y el principio de neutralidad.

---

<sup>41</sup> Consulta DGT V 419/16, de 3 de febrero de 2016 (JT 2016, 576).

### **3.3. Principio de proporcionalidad.**

Como requisito general para la aplicación de este régimen especial de tributación, el valor de las contraprestaciones recibidas por los socios en las operaciones de reestructuración en forma de acciones, participaciones o cuotas deben ser proporcionales a los bienes aportados. El objetivo de estas limitaciones se basa en evitar la transmisión de bienes aislados y que no puedan desarrollar de forma autónoma una actividad de explotación, ya que se estarían aprovechando injustamente de este régimen de diferimiento.

Dicha premisa cobra especial interés en operaciones de escisión (art. 76.2. 1º, b) LIS), pero no es de importancia para las aportaciones de activos (art. 76,3 LIS). Esto se debe a que existe una excepción a este principio de proporcionalidad, donde las proporciones de estas contraprestaciones podrán ser desiguales siempre que los bienes adquiridos procedan de ramas de actividad preexistentes a la operación.<sup>42</sup>

Afortunadamente, las aportaciones de rama de actividad salvan este filtro legal, aunque no se ve exenta de todos los problemas. Como se anticipaba en los apartados anteriores, el concepto de rama de actividad es muy difuso y para evitar la ruptura del principio de proporcionalidad habrá de probarse el cumplimiento de todos los demás requisitos para poder aplicar el régimen de esta modificación estructural.

En este sentido, en referencia a otros impuestos, el requisito de proporcionalidad se endurece en el caso de que las aportaciones no dinerarias procedan de contribuyentes del IRPF o del Impuesto de la Renta de No residentes, donde se exige que para poder aplicar el régimen especial de diferimiento, los contribuyentes aportantes participen en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, un 5%. En esta línea, la DGT en su consulta V5340-16<sup>43</sup>, responde que la aportación por cada uno de los partícipes de su respectiva cuota de participación en la comunidad de bienes (el 25% cada uno de ellos) podría acogerse al régimen fiscal mencionado, siempre que se cumplan los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 87 de la LIS y siempre que la aportación de la cuota ideal suponga la aportación de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales.

---

<sup>42</sup> Anierte García I. “Reestructuraciones empresariales: escisión y evasión fiscal. Medidas fiscales antiabuso de la UE y su recepción por el ordenamiento español”, *Revista electrónica de Derecho tributario de la Unión Europea*, volumen 2-2016, 2016, p. 7.

<sup>43</sup> Consulta DGT V 5340-16, de 19 de diciembre de 2016.

### 3.4. Principio de neutralidad.

#### 3.4.1. Concepto de neutralidad.

La neutralidad constituye un pilar básico del ordenamiento jurídico tributario vinculado a la fiscalidad empresarial y con una incuestionable influencia a la hora de legislar. El principal objetivo de este principio consiste en no comprometer o alterar los comportamientos de los contribuyentes en la toma de decisiones empresariales. Más concretamente, se vela por evitar que los factores tributarios afecten en decisiones como realizar inversiones, buscar fuentes de financiación, establecerse en un determinado lugar o verse influenciado por las características de la entidad. En resumen, establecer una tributación en la que el pago de impuestos no condicione nuestras opciones ni decisiones económicas.<sup>44</sup>

En España, hay tres factores determinantes respecto a los beneficios empresariales a la hora de aplicar el sistema de tributación: la forma jurídica de la empresa, su dimensión y la actividad que desarrollen. De esta forma, el propósito de la neutralidad supondría que la elección de uno u otro factor – dentro de los cuales hay distintas posibilidades – no estuviera condicionada por motivos fiscales.<sup>45</sup>

Para el asunto sobre el que trata este trabajo, un total cumplimiento de este principio supondría omitir como factor a considerar la tributación que supone realizar una aportación de rama de actividad, tanto para la entidad transmitente como para la adquirente, y que se produjera con independencia de que se trataran de personas físicas o jurídicas.

Además, de cumplirse en su totalidad, probablemente ni siquiera existiría este régimen especial. No obstante, esto es algo utópico. Como ya se ha mencionado a lo largo del proyecto, toda decisión empresarial está influenciada por el ámbito fiscal, puesto que es un gasto más de la operación. Además, desde el punto de vista tributario, sí bien es cierto que esta neutralidad puede conseguirse en cierta medida mediante una regulación acorde con la realidad empresarial, esto implicará un beneficio fiscal que tendrá como límite inferior las necesidades de recaudación, para que no deje a los ciudadanos sin servicios

---

<sup>44</sup> Paredes Gómez, R. “Neutralidad del Impuesto de Sociedades español en el contexto europeo. *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, n. 21, 2004, p.5.

<sup>45</sup> Paredes Gómez, R. “Neutralidad en la elección de la forma jurídica y el tamaño de la empresa: aproximación empírica y propuestas de reforma de la imposición empresarial en España” **XIII Encuentro de Economía Pública**: Playadulce (Almería), Hotel Playadulce. 2 y 3 de febrero, 2006, ISBN 84-8240-795-3, p. 5.

esenciales, y como límite máximo el principio de no confiscatoriedad del sistema tributario en su conjunto.

Analizado el concepto de principio de neutralidad, es preciso concretar algo más en este asunto, para así ver sus diferencias con la neutralidad fiscal, un principio aún más específico dentro de este concepto más amplio. Mientras que la neutralidad, como se analizaba, defiende que las decisiones económicas no deben estar condicionadas exclusivamente por motivos fiscales, la neutralidad fiscal se basa en la regulación de determinadas normas con el fin de diferir la tributación a un momento posterior, siendo esto precisamente lo que se produce en el régimen fiscal especial de la LIS.<sup>46</sup>

Entrando más concretamente al asunto, con el principio de proporcionalidad veíamos cómo la aportación de rama de actividad constituía una excepción a dicho principio, en cuyo caso se permite romper con la proporción establecida. Sin embargo, la neutralidad exigida para la aplicación del régimen de diferimiento no registra ninguna excepción posible.

Las repetitivas exigencias a las que se enfrentan los contribuyentes pueden parecer excesivas, pero no por ello menos importantes, ya que con el buen criterio de evitar el fraude fiscal, el legislador establece la exigencia de un motivo económico válido para poder tributar por el régimen especial del IS como manifestación del cumplimiento de la neutralidad fiscal, dejando con ello fuera de duda su intención de fraude fiscal.

#### 3.4.2. *Motivo económico válido.*

El régimen fiscal aplicable, originario en el derecho comunitario, está basado en el principio de neutralidad fiscal que se explicaba previamente, con el objetivo de que determinadas rentas no se sometan a tributación en el momento de la operación, sino que esta se difiera hasta la transmisión de estos elementos.

Sin embargo, para garantizar el cumplimiento de esta neutralidad se exige la existencia de motivos económicos válidos<sup>47</sup>. Este criterio ha sido interpretado por el Tribunal de

---

<sup>46</sup> García-Torres Fernández, M. J. “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades” *Revista Quincena Fiscal*. n. 17, 2019, p. 3.

<sup>47</sup> El motivo económico válido es un concepto aplicado en actividades realizadas en paraísos fiscales, en la deducibilidad de gastos financieros intragrupo o en la transparencia fiscal internacional, entre otros, pero donde realmente nos interesa en este trabajo es su referencia en operaciones de reestructuración empresarial.

Justicia de la Unión Europea en el sentido de que "el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal" (Sentencia de 17 de julio de 1997) <sup>48</sup>. Estos consisten, entre otros, en realizar la operación de reestructuración en virtud del desarrollo empresarial y económico de la sociedad, incrementando su actividad productiva, sus servicios o su explotación como consecuencia de esta reestructuración.<sup>49</sup>

El cumplimiento de este requisito no deja a los contribuyentes libres de incurrir en fraude fiscal, pero sí existe una presunción *iuris tantum* de que actúan conforme al principio de neutralidad fiscal. Por otro lado, la carga de la prueba recae en este caso sobre la Administración, quien deberá probar cómo la elusión fiscal es el principal o, al menos, uno de los motivos por los que se realiza la operación, aunque no deberá probar que el negocio sea contrario a la normativa tributaria.<sup>50</sup> En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo cuando manifiesta:

*“No le incumbía a la Administración probar, como dice la recurrente, la existencia de un negocio ilícito o falso, sino que el **principal objetivo era la obtención de un beneficio fiscal**, por la ausencia de otra explicación económica válida. Este es el sentido del precepto. La Inspección de los Tributos podía justificar, como hizo, **la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal** habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos válidos en la misma.”<sup>51</sup>*

Como resultado, se puede observar cómo no resulta aplicable el régimen de diferimiento, en base a la justificación de que, si no existen motivos económicos válidos, se presumirá que la operación tiene como objetivo el fraude o evasión fiscal. Esto queda reflejado en la misma sentencia del Tribunal Supremo, en su Fundamento Jurídico 3º:

---

<sup>48</sup> Consultas DGT V0042-00, de 10/04/2000 y 2120-01 de 03/12/2001.

<sup>49</sup> Dada su gran casuística, nos remitimos a la exhaustiva relación recogida por Checa González. Checa González, C., Los «motivos económicos válidos» que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. Revista Quincena Fiscal num.num.1/2009 (BIB 2009\23), p.7 y ss.

<sup>50</sup> García-Torres Fernández “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades” p. 14.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013. RJ 2013/4537. Sala 2ª de lo contencioso-administrativo. FJ4.

“[...] la referencia en la norma comunitaria a que la ***inexistencia de motivos económicos válidos*** puede constituir una ***presunción*** de que la operación ha tenido como principal objetivo el ***fraude o la evasión fiscal***.”

No obstante, las operaciones de reestructuración empresarial son muy complejas y, a pesar de estos preceptos y la aparición de estas presunciones fruto de la actuación de la jurisprudencia, lo cierto es que sigue siendo un concepto indeterminado y casuístico, que requiere un análisis *ad hoc* para cada caso.

A modo de ejemplo, se consideran válidos en una aportación de rama de actividad, aunar bajo una misma titularidad toda una serie de bienes inmuebles que son explotados en régimen de arrendamiento, ahorrar costes de gestión, por las lógicas economías de escala que se producen y permitir la entrada de nuevos socios, con el consiguiente e inmediato crecimiento de los activos gestionados, la posible entrada a futuro de nuevos socios, que relancen aún más la actividad, la profesionalización en la gestión de la misma, y una mejora en imagen de marca frente a terceros, puesto que se suele atribuir siempre un mayor tamaño y capacidad empresarial cuando el empresario actúa bajo forma societaria<sup>52</sup>.

Sin embargo, no habría motivo económico válido cuando la operación de aportación no dineraria pudiese considerarse meramente preparatoria de una donación posterior, puesto que la causa que motivaría la realización de la aportación no dineraria se podría entender meramente fiscal, esto es, su finalidad sería conseguir una ventaja fiscal en la transmisión del negocio<sup>53</sup>.

Tal y como se puede observar, la inspección tributaria ofrece un punto de vista algo indeterminado, lo que crea cierta inseguridad al contribuyente, porque puede denegarse la aplicación del régimen en situaciones en las que la sociedad sí contaba con motivos económicos válidos. Esto también ocurre a nivel internacional como se recoge en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) en el caso Leur Bloem<sup>54</sup>, en el que se debate acerca de la legalidad de las ventajas fiscales. No obstante, la propia sentencia establece que las vías que suponen una tributación inferior no constituyen *per se* una presunción de incumplir los motivos económicos válidos, sino

---

<sup>52</sup> Consulta DGT, V5011-16, de 18 de noviembre de 2016.

<sup>53</sup> Consulta DGT V5232-16, 12 de diciembre de 2016.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Sentencia de fecha 17 julio de 1997. TJCE 1997/156.

que puede declararse una operación con finalidad fiscal, pero que dicha finalidad no constituya un método de fraude o evasión fiscal.

Adicionalmente, en el caso Halifax se reitera en la lucha contra el fraude y la evasión de impuestos e indica que, ante la oportunidad de tributar a través de dos vías, no tendrá que elegir aquella que maximice el pago de impuestos, sino que podrá optar por aquella en la que la deuda fiscal sea inferior<sup>55</sup>.

De aquí se desprende la posibilidad de realizar una planificación fiscal de forma lícita, en la que no se puede exigir la opción por la que se tribute en mayor cantidad, sino que las sociedades tratarán de limitar el pago de impuestos dentro de la legalidad sin constituir un mecanismo de elusión fiscal o una vulneración del motivo económico válido.

En conclusión, el motivo económico válido se puede considerar como una cláusula antifraude y que tiene impacto en dos ámbitos. En primer lugar, actuará como mecanismo preventivo cuando haya un principal interés en la evasión fiscal, a pesar de que exista un motivo económico real. Por último, se presume que existe una intención de fraude cuando no exista un motivo económico probado para la operación.

### **3.5. Otros requisitos de aplicación.**

Sin ánimo de profundizar en exceso, existen distintos requisitos formales adicionales en este régimen fiscal especial además de los ya mencionados. El artículo 77.1.b) de la LIS exige el cumplimiento de los requisitos de tributación y residencia.

#### *3.5.1. Requisito de tributación.*

Para que el régimen de diferimiento no se convierta en régimen de exención, la entidad adquirente tiene que estar sujeta y no exenta en el Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 9.1.b) de la LIS declara entidades totalmente exentas a las Administraciones Públicas. Por ello, cuando sean adquirentes de la aportación de rama de actividad – y, en general, en el resto de las operaciones afectas al régimen especial – no les será de

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Halifax plc. Leeds Permanent Development Services Ltd. County Wide Property Investments Ltd Contra Commissioners of Customs & Excise. TJCE 2006/383.

aplicación este régimen especial. Igualmente, lo anterior se aplica a las entidades sometidas al régimen de atribución de rentas que no están sujetas al impuesto (artículos 6 y 7 de la LIS). Por otro lado, las entidades no lucrativas están parcialmente exentas y solo será de aplicación el régimen de diferimiento en la parte sometida a tributación.

Por último, el régimen especial afectará también a entidades sujetas a una tributación inferior o a un régimen de tributación especial, siempre y cuando esto no resulte en un privilegio fiscal o comprometa el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y neutralidad.<sup>56</sup>

### 3.5.2. *Requisito de territorialidad.*

Las rentas se han de poner de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español y de establecimientos permanentes situados en la UE y, al mismo tiempo, las entidades adquirentes deben residir en estos territorios. El propósito de este requerimiento es garantizar el cobro de las rentas diferidas por la Hacienda Española y, en caso de que no pudiera producirse, gravarlas de inmediato. Por eso, si el adquirente reside en la Unión Europea no se plantea ningún problema. Sin embargo, si el adquirente no reside en la Unión Europea, una vez se traspasan las fronteras nacionales aparece una mayor complejidad, por lo que expongo de forma breve dos de los posibles escenarios regulados en el artículo 77 de la LIS:

- Aportación de rama de actividad situada en territorio español, cuyo transmitente **es residente en España**: si el adquirente es residente en España se permitirá el diferimiento en todo caso y, si no lo es, podrá diferirse el gravamen solo si el patrimonio queda afectado a un establecimiento permanente situado en territorio español.
- Aportación de rama de actividad situada en territorio español, cuyo transmitente **no es residente en España**: si el adquirente reside en España se permitirá el diferimiento de todos los objetos transmitidos, mientras que si reside en el extranjero solo se podrán diferir en el mismo caso anterior, si el patrimonio está vinculado con un establecimiento permanente basado en España o reside en la Unión Europea.

---

<sup>56</sup> VV. AA, "Reestructuraciones empresariales: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades" cit. p. 13.

## CAPÍTULO II. PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN ACTUAL DE RAMA DE ACTIVIDAD.

Durante el desarrollo acerca del funcionamiento de la aportación de rama de actividad podían identificarse ciertas imprecisiones y obstáculos para aplicar el régimen fiscal especial debido a cuestiones terminológicas, procedimentales e interpretativas. Por ello, este capítulo trata de enunciar y resolver estos principales aspectos que pueden resultar problemáticos en la aplicación de esta modalidad. Asimismo, los primeros apartados resultan más simples, mientras que los dos últimos puntos revisten una mayor complejidad y pueden resultar un impedimento real en el momento de decidir si aplicar el régimen y cómo hacerlo.

### 1. DISTINCIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD CON ACTIVIDAD ECONÓMICA.

Tal y como se anticipaba, el concepto de rama de actividad proviene de un ordenamiento externo y, por tanto, es difícil de asemejar a términos propios nacidos en nuestro Derecho. Esto planteó, dada su semejanza con la definición de actividades económicas desarrollada en el artículo 27 de la Ley del IRPF<sup>57</sup>, la posibilidad de equiparar ambos conceptos.

Sin embargo, desde un punto de vista jurisprudencial, esta identificación no fue admitida. Así lo defiende la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2015<sup>58</sup>, en la que se manifiesta que el concepto autónomo de rama de actividad, extraño a nuestro ordenamiento hasta la transposición de la Directiva 2009/133/CE, no debe equipararse al de actividad económica. En este caso concreto, se mencionaba la actividad de arrendamiento de inmuebles y, en concordancia con la consulta de 11 de octubre de 2013<sup>59</sup>, no se consideran como equiparables con base en los siguientes argumentos:

---

<sup>57</sup> Artículo 27 Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

*“1. Se considerarán rendimientos íntegros de **actividades económicas** aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.*

*En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas.”*

<sup>58</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2015.

<sup>59</sup> Consulta DGT V-3042-13, de 11 de octubre de 2013.

*“Esto significa que el concepto de "rama de actividad" no debe ser equiparado, en todos sus sentidos, al concepto de actividad económica, tal y como lo define el art. 27 de la Ley 35/2006, y tampoco restringirse a los criterios establecidos en el apartado 2 del referido artículo, para considerar que, en el caso concreto de una actividad de arrendamiento de inmuebles, deban cumplirse los referidos requisitos como condición sine qua non para que la misma tenga la consideración de rama de actividad a los efectos que aquí nos ocupan, teniendo en cuenta que dichos requisitos en ningún caso vienen establecidos en la citada Directiva.”*

Además, la escisión parcial, prevista en el artículo 76.2.1º b) de la LIS, precisa, no sólo que el patrimonio segregado constituya una rama de actividad, sino que la propia entidad transmitente conserve un conjunto de elementos patrimoniales tal que supongan otra rama de actividad, por lo que resulta posible llevar a cabo una operación de escisión parcial, amparada en el régimen fiscal especial, aun cuando el transmitente ejerza una única actividad económica <sup>60</sup>.

Por tanto, existe una diferenciación entre los conceptos de rama de actividad y de actividad económica, regidos por leyes distintas y sobre los que se debe evitar una equiparación.

## 2. REQUISITO DE AUTONOMÍA.

Tanto en la definición de la LIS como en la aclaración de la doctrina administrativa en la resolución del TEAC de 5 de febrero de 2015 antes citada<sup>61</sup>, destaca el requisito de autonomía como rasgo esencial en el concepto de aportación de rama de actividad – o como aparece en esta definición, “identificabilidad” de la unidad económica –, por el que se impide la inclusión dentro de esta figura de la adquisición de explotaciones económicas que no puedan funcionar por sus propios medios. De esta forma, en operaciones de reestructuración en las que pueden verse afectadas varias unidades económicas, si no cumplen este requisito, no podrán acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VII del Título VII de la LIS.

---

<sup>60</sup> Duro Hernández, L. Espinosa Valtueñ, E.: “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2011(BIB 2011\1630), página 6.

<sup>61</sup> Resolución TEAC, de 5 de febrero de 2015, (JT 2015/677).

Un ejemplo de esto se desprende de la consulta vinculante de 1 de junio de 2012<sup>62</sup>, en la que una empresa cuya actividad de explotación principal es el sector automovilístico, también desarrolla otra actividad destinada al ámbito inmobiliario. En la consulta se planteaba si esta segunda actividad se podía aportar como rama de actividad bajo el régimen especial del Impuesto sobre Sociedades. En la contestación dada, una vez concretado el concepto de aportación de rama de actividad, la Dirección General de Tributos requiere probar los tres requisitos explicados en el capítulo anterior: rama de actividad como una unidad económica, autónoma y preexistente. La existencia de una unidad económica resulta bastante evidente, dado que la actividad de explotación es el arrendamiento de inmuebles y la búsqueda de posibles fincas para alquilar. Además, el requisito de preexistencia tampoco revela ningún tipo de confusión, puesto que tanto la actividad de reparación de automóviles como la de arrendamiento de inmuebles coexisten en la sociedad. Llegados a este punto, ocasiona una mayor controversia el requerimiento de la autonomía, es decir, el hecho de que esta explotación de inmuebles es totalmente independiente a nivel económico de la actividad principal de la sociedad. No obstante, al contar con personal y material destinado a la gestión de los inmuebles, el patrimonio transmitido parece contar con las exigencias necesarias para continuar el funcionamiento de la rama de forma análoga tras la aportación.

Cuando la autonomía está motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama, es fácil de justificar. Sin embargo, se plantea la duda de si existiendo una única actividad, cómo podría justificarse. A este respecto, existe doctrina administrativa en la que se reconoce el requisito de autonomía en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, siempre que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exijan de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas, aunque proceda de una única actividad<sup>63</sup>.

Sin embargo, esta interpretación doctrinal ya ha sido fuente de conflicto con la inspección tributaria. De hecho, la Dirección General de Tributos ha denegado el régimen de diferimiento por faltar, en opinión de la administración, estos requisitos. Ejemplo de ello es la Consulta Vinculante V0636-17<sup>64</sup> sobre arrendamiento inmobiliario en la que no se

---

<sup>62</sup> Consulta DGT V1212-12, de 1 de junio de 2012.

<sup>63</sup> Consulta DGT V5446-16, de 23 de diciembre de 2016 y V0194-18, 30 de Enero de 2018.

<sup>64</sup> Consulta DGT V0636-17, de 13 de marzo de 2017.

consideran autónomos los servicios de cambio de sábanas y limpieza a los de arrendamiento de inmuebles.

Cumplidos estos aspectos señalados, la sociedad debía probar un motivo económico válido para implementar la operación de reestructuración.

### 3. ELEMENTOS PATRIMONIALES INCLUIDOS.

También, cabe profundizar acerca de qué elementos se transmiten en la aportación. Los elementos transmitidos deben constituir una rama de actividad en sede de la transmitente, de manera que puedan ser identificados como "afectos" y "necesarios" para el desarrollo de la actividad económica en cuestión <sup>65</sup>. De este modo, solo se incluirán los bienes afectos a la actividad, por lo que los bienes inmuebles destinados a uso propio del transmitente, al tener la consideración de elementos patrimoniales no afectos a la actividad de arrendamiento de inmuebles no se podrán incluir en la rama de actividad y no podrán ser objeto de aplicación del régimen especial <sup>66</sup>.

Una cuestión por determinar es si, entre los elementos que conforman la rama de actividad que sería objeto de aportación, pueden o no incluirse las participaciones societarias que la transmitente tiene en filiales que desarrollen la misma la actividad. A este respecto, la DGT considera que las participaciones quedarán incluidas en la misma en la medida en que los medios personales afectos a ella sirvan para dirigir y gestionar esas participaciones conjuntamente con la actividad desarrollada directamente por la entidad <sup>67</sup>.

Asimismo, se permite excluir del patrimonio escindido determinados elementos afectos a la rama de actividad segregada. Así, la Resolución DGT de 9 de octubre de 2009 manifiesta que<sup>68</sup>: «del concepto legal de "rama de actividad" se desprende que la delimitación de esta no está condicionada por el hecho de que no se incluya dentro del patrimonio segregado algún elemento que pudiera estar afecto en la entidad transmitente a la correspondiente explotación económica, siempre que dicha actividad se desarrolle en condiciones análogas antes y después de la transmisión». En este contexto, especialmente se destaca el hecho de que no traspasar determinado personal no es impedimento para la

---

<sup>65</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 enero 2019, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) (JT\2019\190)

<sup>66</sup> Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

<sup>67</sup> Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

<sup>68</sup> Consulta DGT V2274-09, de 9 de octubre de 2009.

apreciación de una rama de actividad, debido a que se garantizó la implicación de los mismos en el desarrollo de la actividad por medio de un contrato de servicios posterior o que aunque no se transmita el inmueble en el que radica la actividad, en tanto en cuanto «se reconoce sobre el mismo un derecho de uso análogo al que ahora existe» y que permite «seguir realizando la misma actividad en condiciones análogas», si bien existen excepciones, como es el caso de la actividad fabril <sup>69</sup>. No obstante, Duro Hernández y Espinosa Valtueño consideran que se trata de un exceso interpretativo por parte de la DGT no contenido en la Directiva, lo que “supone una violación del principio de eficacia directa de las mismas, máxime en el ámbito del impuesto armonizado que nos ocupa. La exigencia de determinados requisitos técnicos de los inmuebles no se contiene en modo alguno en la literalidad de las normas expuestas y, por tanto, supone una potencial contravención del Derecho comunitario, que prevalece sobre el ordenamiento interno”, para lo que traen a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003 (Caso Zita Modes Sàrl) <sup>70</sup>.

Asimismo, este conjunto de elementos patrimoniales no se refiere exclusivamente a activos <sup>71</sup>, sino también a pasivos. Al igual que sucede en la Directiva 2009/133/CE, en la última parte de la definición del artículo 76.4 de la LIS aparece el concepto de deudas como parte de la rama de actividad: “*Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.*”

Como ocurre en repetidas ocasiones, no queda totalmente claro qué tipo de deudas pueden incluirse dentro de esta definición y en tanto sean objeto de transmisión. Para resolverlo, se trae a colación la doctrina de la DGT donde, en su consulta vinculante de 26 de febrero de 2018<sup>72</sup> se plantea qué deudas quedan incluidas en este apartado cuarto. Como respuesta, se obtiene lo siguiente:

*“Por tanto, podrá atribuirse a la sociedad adquirente la deuda financiera que esté directamente vinculada a los activos transmitidos con la rama de actividad y, por el contrario, la deuda financiera que esté directamente vinculada a los activos que no son*

---

<sup>69</sup> Duro Hernández, L. Espinosa Valtueño, E.: “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”, cit. p.7.

<sup>70</sup> Duro Hernández, L. Espinosa Valtueño, E.: “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”, cit. p. 8.

<sup>71</sup> Consulta DGT V5232-16, 12 de diciembre de 2016: No se incluyen las existencias.

<sup>72</sup> Consulta DGT V0545-18, de 26 de febrero de 2018.

*objeto de aportación no podrá ser atribuida a la sociedad adquirente conjuntamente con la rama de actividad aportada.*

*Respecto de la **deuda financiera genérica no vinculada directamente** a activos transmitidos, en la medida en que la misma **necesariamente debe financiar** parte del resto de activo de la sociedad transmitente, podrá ser atribuida a la rama de actividad aportada, pudiéndose tomar como criterio de distribución la proporción de los valores contables de los activos aportados o cualquier otro que razonablemente permita la asignación de dicha deuda.”*

Así, el régimen especial podrá ser aplicable a las deudas atribuidas dentro de la rama de actividad a la entidad adquirente que hubieran sido contraídas para la organización y funcionamiento de los elementos que se traspasan. Sin embargo, no podrán acogerse al régimen fiscal especial previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS, las deudas de carácter genérico no atribuibles a dichos elementos traspasados en la rama de actividad<sup>73</sup>.

En resumen, podrá aportarse la deuda financiera directamente vinculada a los activos, así como aquella no directamente vinculada, pero que sea necesaria para financiar estos activos, quedando fuera cualquier otro tipo de deudas.

#### 4. SOMETIMIENTO DE LA APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD AL RÉGIMEN DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Otro asunto polémico que tratar es el cauce procedimental que debe seguir la aportación de rama de actividad. Previamente a la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales en 2009 (Ley 3/2009), la aportación de activos estaba regulada por las normas del aumento de capital por aportación no dineraria y se dudaba acerca de la posible aplicación del régimen de la escisión.

Posteriormente a la introducción de la LME se cambió de criterio, causando precisamente el efecto contrario, es decir, el cauce jurídico de la segregación y, en consecuencia, de la escisión, era el predeterminado, y se dudaba acerca de si podía configurarse mediante otro

---

<sup>73</sup> Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

tipo de operaciones, como un aumento de capital, por lo que este tema ha traído cierta incertidumbre durante años respecto a la modificación estructural que nos ocupa.

Finalmente, esta cuestión quedó resuelta gracias a la resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) de 22 de julio de 2016<sup>74</sup>. La resolución viene motivada por una calificación negativa en relación con una escritura de aumento de capital por aportación de rama de actividad, bajo el argumento de que el artículo 71 de la LME, regulador de la segregación, es de obligatoria aplicación y no cabe optar por la vía de la aportación no dineraria.<sup>75</sup>

Llegados a este punto, antes de analizar la viabilidad de la operación, conviene entender las diferencias entre ambas operaciones y el motivo de por qué evitar aplicar un régimen especial con beneficios en la tributación y optar por una operación aparentemente más costosa.

Por un lado, la segregación, como se exponía previamente, es una modificación estructural, con todos los requisitos formales que ello acarrea, como requisitos de informes de expertos y de los administradores, mayorías, publicidad de la operación, derecho de oposición de acreedores, etc. Además, se produce una sucesión universal, algo que se discute como posibilidad para la aportación de rama de actividad en el apartado siguiente.

En cambio, un aumento de capital puede resultar una operación mucho más sencilla a nivel procedimental que la segregación. Por su parte, contará con los requisitos generales de transmisión de activos y podrá ser acordada por los administradores, sin requerir la intervención de la Junta General de Socios si no se trata de un activo esencial, de acuerdo con el artículo 160. F) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)<sup>76</sup>.

La exigencia de la consideración de activo esencial es lo que, en mi opinión, hará que la duda sea poco frecuente, ya que aportar una rama de actividad supone transmitir una parte importante de la explotación del negocio y, en la mayoría de los casos, tendrá un valor

---

<sup>74</sup> Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) de 22 de julio de 2016. (BOE-A-2016-8573).

<sup>75</sup> VV. AA “Aportación de rama de actividad mediante una operación de aumento de capital” *Osborne Clarke Insights*, (disponible en <https://www.osborneclarke.com/es/insights/aportacion-de-rama-de-actividad-mediante-una-operacion-de-aumento-de-capital/>; última consulta 5/2/2021), p.1.

<sup>76</sup> LSC: Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

superior al 25 % de los activos, criterio utilizado por la Ley de Sociedades de Capital para determinar un activo como esencial. No obstante, en determinadas ocasiones sí que se producirá esta posibilidad en la que los administradores puedan aprobar la transmisión del activo, resultando interesante valorar optar por este procedimiento dada la mayor simplicidad en los trámites.<sup>77</sup>

Entrando en el contenido de la resolución, la DGRN establece una identidad funcional entre la segregación y el aumento de capital como mecanismos para realizar la aportación de rama de actividad. Esto quiere decir que la operación puede materializarse de ambas maneras, aunque destacan diferencias en los requisitos y en los efectos que se explicaban. Junto con esto, expone que no se puede declarar preceptivo el procedimiento de la segregación, puesto que, de serlo, debería estar regulado expresamente, tal y como obliga a la cesión global de activo y pasivo a un socio único a someterse al procedimiento de fusión, lo que no aparece regulado para el caso de la cesión global.

En opinión de Alvarez Royo-Villanova, cuando el legislador quiere imponer un procedimiento para una operación determinada lo hace expresamente, y no es este el caso, sino lo que existe es una identidad funcional - se obtiene el mismo resultado - pero no conceptual, pues las operaciones son distintas en sus requisitos (acuerdo de aumento frente a procedimiento de escisión) y en sus efectos (sucesión particular frente a sucesión universal)<sup>78</sup>. En esta línea, continúa argumentando que el legislador entiende que es posible la aportación de rama de actividad al margen de la escisión que queda aún más claro en el artículo 511.bis.1.a LSC, puesto que exige el acuerdo para la “aportación a entidades dependientes de actividades esenciales”. Estas “actividades” de la sociedad no pueden ser otra cosa que sus unidades económicas o ramas de actividad, y si esta aportación solo fuera posible sometiéndose a la LME, no sería necesario que se exigiera el acuerdo <sup>79</sup>.

En conclusión y con ánimo de resolver la controversia, la aportación de rama de actividad no tiene que materializarse a través de un procedimiento concreto, habilitándose la

---

<sup>77</sup> VV. AA “Aportación de rama de actividad mediante una operación de aumento de capital” *Osborne Clarke Insights*, cit. p.1.

<sup>78</sup> Álvarez Royo-Villanova. S.: “Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC”. *Revista El Notario del Siglo XXI* nº 67/2016, p.130

<sup>79</sup> Álvarez Royo-Villanova. S.: “Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC”, cit., p.131

posibilidad de realizarlo mediante segregación o aumento de capital, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales correspondientes de cada régimen jurídico.

## 5. EL PROBLEMA DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL.

### 5.1. ¿Es posible una aportación de rama de actividad por sucesión universal?

Contrariamente a lo que establece la LME en su definición de segregación, la norma tributaria no menciona en ningún momento el tipo de transmisión que debe producirse en la aportación de activos y, a nivel doctrinal existen discordancias acerca de la importancia de la sucesión universal y de si realmente existe esta posibilidad.

El concepto de sucesión universal es elemental en nuestro ordenamiento jurídico y aplicándolo a la aportación de rama de actividad significa que se transmiten *ope legis* todos los activos, pasivos y relaciones jurídicas de la entidad aportante a la adquirente. Como consecuencia, esto tiene una especial repercusión en la aplicación del régimen tributario especial respecto a las deudas que la correspondiente rama de actividad pueda llevar aparejada a su actividad de explotación, o en la compensación de bases imponibles negativas pendientes del IS <sup>80</sup>.

Dada la complejidad de la materia, no resulta sencillo extraer una conclusión clara acerca de si es posible realizar una aportación de rama de actividad por sucesión universal o no. Tras leer un comentario doctrinal de los prestigiosos abogados como Fernando Vives o Arnau Tapias, consideraba ya esta posibilidad como una quimera. Prueba de ello es el siguiente fragmento:

[...]

*Como puede observarse [de la definición de segregación del artículo 71 LME], la operación descrita por la LME es la misma que la que hasta la aprobación de la LME se venía llevando a cabo mediante ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias, en las que la aportante era una sociedad mercantil, con el matiz de que a dichas operaciones **no les resultaba de aplicación el principio de sucesión universal.***

---

<sup>80</sup> Serra Callejo, J. “¿Es la rama de actividad una modificación estructural?” *El Notario del siglo XXI*, n.28, 2010, p. 2.

*Se plantea, ahora, si tras la aprobación de la LME y la introducción de la segregación como modalidad de la escisión, cabe ejecutar la misma operación como una aportación no dineraria en lugar de seguir el procedimiento de la segregación.*<sup>81</sup>

*Pese a las pocas ventajas de la aportación frente a la segregación, singularmente, por la aplicación a esta de la sucesión universal (**no aplicable a la aportación**) podríamos encontrar supuestos concretos que así lo aconsejaran. [...]*<sup>82</sup>

Por otro lado, Javier Serra, en uno de sus artículos doctrinales, previamente había señalado la posibilidad de realizar esta aportación de rama de actividad por sucesión universal, destacando esto como una de las mejoras introducidas por la LME en 2009.<sup>83</sup>

Llegados a este punto, ante un desconcierto manifiesto por las opiniones jurídicas tan contrapuestas, la respuesta puede encontrarse en el desarrollo del apartado anterior, es decir, en relación con las distintas vías por las que se puede realizar una aportación de rama de actividad.

En el mencionado artículo 71 LME, autores como Fernando Vives y Arnau Tapia, cuando se refieren a que no es aplicable la sucesión universal a la aportación, hacen referencia al cauce de aportación no dineraria, en el caso de que se optara por esta vía. En cambio, si se realiza una aportación de rama de actividad por el método más convencional y contenido en la LME, es decir, mediante una segregación, por supuesto se podrá realizar por sucesión universal, en concordancia con Javier Serra.

Esta interpretación puede resultar obvia para un experto en modificaciones estructurales, pero no es sencillo obtenerla si no se conoce en profundidad cómo funciona la aportación de rama de actividad. Como mencionaba, una vez se comprende la posibilidad de optar por estas dos diferentes opciones – la segregación y la aportación no dineraria – se obtiene una perspectiva más amplia y se elimina cualquier error interpretativo de estos conceptos, en parte provocados por una cuestión de similitud terminológica.

Al respecto, Álvarez Royo-Villanova manifiesta que el que no se exijan los demás requisitos de la escisión (publicidad, derecho de oposición) es a su juicio acertado, pues

---

<sup>81</sup> Planteamiento resuelto en el apartado anterior.

<sup>82</sup> Vives Ruiz, F. y Tapias Monné, A. “La Ley de Modificaciones Estructurales. Una norma técnicamente fallida” *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Octubre, 2013, p. 11.

<sup>83</sup> Serra Callejo, J. “¿Es la rama de actividad una modificación estructural?” p. 2.

al no existir sucesión universal, los derechos de los terceros quedan protegidos por las normas generales del derecho patrimonial <sup>84</sup>.

En consecuencia, es importante evitar asociar directamente la aportación de rama de actividad con la aportación no dineraria como figuras idénticas, porque la primera operación no implica que se deba aplicar el régimen jurídico de la segunda.

## **5.2. Compensación de bases imponibles negativas.**

Evaluada la posibilidad de realizar una aportación de rama de actividad, tiene especial incidencia analizar si esta operación también lleva consigo la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de aplicación del IS a la sociedad receptora de la rama de actividad. La consulta vinculante V0883-10<sup>85</sup> trató este asunto, resolviendo acerca de si es posible transmitir estas bases imponibles negativas aparejadas a la rama de actividad entre dos sociedades del mismo grupo económico, las cuales no podían ser computadas para compensar en la sociedad transmitente.

De conformidad con el vigente art. 84.2 de la LIS, el derecho de compensación podía ser transmitido siempre y cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: la extinción de la entidad transmitente o la transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas (en adelante, BINS) pendientes de compensación en la entidad transmitente. En este caso, se transmitirán las bases negativas pendientes de compensación generadas por la rama de actividad transmitida.

No obstante, los requisitos no acaban aquí, sino que además deberán producirse todos estos de acuerdo con el criterio de la Dirección General de Tributos en la citada consulta:

1. Sucesión a título universal.
2. Cumplimiento de los artículos 6 y 10 de la Directiva 90/434/CEE, es decir, contar con un establecimiento permanente situado en España, si se trata de una entidad residente en otro Estado de la Unión Europea.
3. Existencia de un motivo económico válido.

---

<sup>84</sup> Álvarez Royo-Villanova. S.: “Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC”, cit. p.131.

<sup>85</sup> Consulta DGT V-0883/10, de 3 de mayo de 2010.

Por tanto, para la transmisión de bases imponibles negativas, no solo será necesaria una aportación de rama de actividad que se dé por sucesión universal – a través de la segregación – sino que deberán cumplirse los requisitos adicionales exigidos a toda rama de actividad, analizados en el capítulo anterior, como son los requisitos de la Directiva 2009/133/CE y la existencia de un motivo económico válido.

En conexión con este asunto, considero de especial relevancia y actualidad la legislación foral al respecto, que se ha pronunciado en los últimos días en relación con la intención de lograr una total armonización con la estatal.

La regulación en la transmisión de bases imponibles negativas (BINS) trata sobre las escisiones parciales, pero debe recordarse que se podrá aplicar también a las aportaciones de rama de actividad al estar sometidas al mismo régimen jurídico.

Históricamente, antes de la entrada en vigor de la LME en 2009, las normativas estatal y foral coincidían, ya que no contemplaban la sucesión de carácter universal para las aportaciones de activos y que en las escisiones parciales no se podían transmitir las BINS correspondientes a la rama escindida. Posteriormente, y hasta la llegada de la vigente LIS en el año 2014, la doctrina administrativa, en contra de lo expuesto por la norma mercantil, preveía la posibilidad de transmitir las BINS siempre y cuando la entidad transmitente se extinguiera<sup>86</sup>.

Más tarde, desde la entrada en vigor de la LIS, la ley tributaria se adapta al concepto previsto por la LME, consintiendo la sucesión universal en los casos admitidos por la normativa mercantil y, en consecuencia, transmitiendo las BINS. No obstante, el legislador foral no siguió esta tendencia, manteniendo las normas forales aprobadas en 1996 y creando una asimetría y distorsión entre ambas normas. Finalmente, estas discordancias han llegado a su fin, ya que en 2020 los territorios históricos de Bizkaia<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Pérez Basconillos, D. “Nueva regulación de la transmisión de bases imponibles negativas en las escisiones parciales en los territorios forales”, *AEDAF, Grupo de Expertos en Derecho Foral*, marzo, 2021. Pp. 1 y 2.

<sup>87</sup> Artículo 2. Once de la Norma Foral 6/2020, de 15 de julio, de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por las que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea y de modificación de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia y de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

y Guipúzcoa<sup>88</sup> modificaron sus Normas Forales sobre el Impuesto sobre Sociedades, y Álava<sup>89</sup> en 2021, admitiendo la posibilidad de transmitir las Bases Imponibles Negativas entre ambas entidades – transmitente y adquirente – en el Impuesto sobre Sociedades.<sup>90</sup>

Esto, a mi juicio, es un acierto por parte de la normativa foral. Al igual que se buscaba una armonización a nivel europeo en las operaciones de reestructuración y con este motivo se introdujeron las Directivas correspondientes, una armonización a nivel nacional constituye un hito imprescindible, porque la normativa fiscal foral era contraria al Derecho comunitario.

La importancia de esta homogeneización se basa en facilitar al contribuyente las operaciones entre regiones en las que existen regulaciones tributarias dispares, como son las tres provincias vascas entre sí y el resto del territorio nacional. Así, el contribuyente no se verá disuadido de realizar estas modificaciones estructurales por el desconocimiento en la tributación de estas. Además, la posibilidad de compensar las BINS resulta también un incentivo fiscal para las personas jurídicas a realizar estas escisiones, quienes podrán compensar las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores en las sociedades adquirentes dentro de los límites establecidos en la LIS.

No obstante, desde 2014 se cuenta con un criterio uniforme a nivel nacional en el ámbito tributario y mercantil, mientras que se han tardado casi siete años en lograr un criterio homogéneo en los regímenes forales respecto al Estado español. Parece así inasumible ante el hecho del objetivo de armonización a nivel europeo, en el que cada ordenamiento jurídico es totalmente independiente de los demás, pero todos quedan vinculados por la primacía del Derecho europeo.

---

<sup>88</sup> Artículo 2. Veinte de la Norma Foral 1/2020, de 20 de abril, por la que se introducen modificaciones tributarias relacionadas con la transposición de Directivas europeas y otras modificaciones de carácter técnico.

<sup>89</sup> Artículo 2. Ocho de la Norma Foral 2/2021, de 29 de enero, de medidas tributarias para 2021.

<sup>90</sup> Pérez Basconcillos, D. “Nueva regulación de la transmisión de bases imponibles negativas en las escisiones parciales en los territorios forales”, cit. p.6.

## **CONCLUSIÓN: PRINCIPALES PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES.**

A lo largo de este estudio se ha analizado la regulación de la transmisión de rama de actividad desde un punto de vista tributario y mercantil, si bien limitado en este ámbito a lo marcado por los aspectos tributarios. Mientras que en el primer capítulo se profundiza sobre esta figura y se explicaba el origen y funcionamiento del régimen fiscal especial, en el segundo se recopilan algunos de los problemas que se dan en el momento de realizar una aportación de rama de actividad, recurriendo a fuentes ajenas a nuestra legislación.

En el ámbito tributario, lo que le imprime singularidad a este tema es la aplicación del régimen fiscal previsto para fusiones y escisiones contenido en el Impuesto sobre Sociedades. Este incentivo fiscal fue introducido para no obstaculizar los procesos de reestructuración o reorganización empresarial y así facilitar la implementación de operaciones tan complejas y relevantes. Sin embargo, en ocasiones se trata de un beneficio difícil de aplicar, dada su complejidad procedimental y su desarrollo a través de conceptos jurídicos indeterminados. Como consecuencia, esto induce al contribuyente a cometer errores en su aplicación, obstaculizando la obtención adecuada de las ventajas proporcionadas por el régimen de diferimiento<sup>91</sup>. Así, algunos de estos problemas en la identificación o interpretación del concepto de aportación de activos han sido resueltos por la propia legislación, jurisprudencia o doctrina administrativa tal y como se detallaba en ambos capítulos. No obstante, se van a recabar alguna de las cuestiones más relevantes tratadas en el trabajo, así como posibles soluciones.

En primer lugar, a pesar de no haberse desarrollado en profundidad dada su complejidad, en el primer capítulo se analizaba cómo el concepto jurídico indeterminado de motivos económicos válidos tiene un importante impacto en el régimen fiscal especial, ya que se trata de un requisito para su aplicación.

La jurisprudencia comunitaria resuelve sobre este asunto en casos como el ya analizado de Leur-Bloem. Así, el TJUE interpreta a la luz del artículo 11 de la Directiva 2009/133/CE el concepto de motivo económico válido: “*debe interpretarse en el sentido más amplio de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal*”, es decir, este motivo no puede acotarse exclusivamente al ámbito tributario, sino que deberán considerarse más

---

<sup>91</sup> López, P. “Aplicamos correctamente el régimen fiscal especial en supuestos de reestructuración empresarial? Casos de aplicación práctica.” <http://pascuallopez.blogcanalprofesional.es/aplicamos-correctamente-el-regimen-fiscal-especial-en-supuestos-de-reestructuracion-empresarial-casos-de-aplicacion-practica/>

factores. En mi opinión, esta consideración de valorar las operaciones en las que inciden los motivos económicos válidos de forma más permisiva y abierta es acertada, aunque insuficiente, ya que existe un tratamiento demasiado genérico a esta figura que no se encuentra armonizada a nivel comunitario. De hecho, el propio artículo 11 de la Directiva 2009/133/CE remite la regulación de este concepto a los Estados Miembros: *“corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades necesarias al objeto de aplicar esa disposición, así como los procedimientos internos necesarios para comprobar que las operaciones económicas no se hayan efectuado por motivos económicos válidos, respetando siempre el principio de proporcionalidad.”*

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por la ausencia de una regulación interna al respecto más allá del artículo 89.2 de la LIS<sup>92</sup> y la necesidad de concurrir un motivo económico válido, la aplicación de este régimen puede resultar arriesgado para las empresas. En este sentido, cobra una mayor importancia el nuevo funcionamiento del régimen fiscal especial, el cual se aplica automáticamente salvo que se solicite lo contrario, existiendo una mayor posibilidad de sanción para las sociedades que no conozcan con precisión esta regulación. Por ello, podría realizarse un cambio de tendencia hacia la decisión de no someterse a este régimen especial, por las posibilidades de sanción que acarrea en el caso de que se revisara la existencia de motivos económicos válidos. Esta forma de ejercicio de la opción no tiene por qué suponer una contradicción con la interpretación teleológica de la Directiva, la de no obstaculizar las operaciones de reestructuración, ni resultar contraria a la finalidad inicial de la Comunidad Económica Europea y ahora Unión Europea de crear un mercado interior, sino aparecer como una medida de precaución que implique ejercitar la opción de forma consciente a sus obligaciones y consecuencias.

Asimismo, sí bien es cierto que no se penaliza la planificación fiscal y se permite una tributación inferior por otras vías normativas, la *“interpretación amplia más allá de lo fiscal”* de un concepto de este calibre parece una regulación algo vaga. Por ello, en un afán de lograr una armonización a nivel comunitario de este concepto, sería recomendable implementar algún tipo de modificación. Sin embargo, una reforma de este artículo 11 de

---

<sup>92</sup> Artículo 89.2 de la LIS: *“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen.”*

la Directiva 2009/133/CE probablemente no surgiría ningún efecto, puesto que, tal y como se analizaba, el concepto de motivos económicos válidos es indeterminado por su extensa casuística y resulta prácticamente imposible establecer una definición cerrada de este concepto.

De este modo, como solución se plantea la consolidación de una serie de pautas o directrices predeterminadas que dieran lugar a un test objetivo, por cuya aplicación pudiera determinarse si una operación goza de un motivo económico válido, reconocido en el ámbito fiscal. Así, esto se podría incorporar a la tendencia *compliance* que se está incorporando en distintas áreas de la empresa. Como resultado, esto supondría una mayor seguridad jurídica para las empresas que tributarán por el régimen fiscal especial del Impuesto sobre Sociedades en nuestro territorio, además de facilitar las operaciones con otros Estados dentro del mercado interior, ya que el resto de los Estados serían partícipes en la aplicación de este criterio.

Por otro lado, en este trabajo se analizaban otras cuestiones en las que se exhibía una regulación interna insuficiente, como es el análisis del concepto de autonomía como requisito para la aportación de rama de actividad, contemplada tanto en la LIS como en la jurisprudencia y doctrina administrativa. A pesar de que estas dos últimas han paliado un defecto de exhaustividad en la ley, esto no es suficiente. La realidad es que la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades carece de la profundización necesaria en aspectos como los señalados en este trabajo, tales como la posibilidad de aportar activos por sucesión universal o el examen de la obligatoriedad del sometimiento a la Ley de Modificaciones Estructurales en esta misma operación.

En relación con esto, la propia regulación mercantil no reluce respecto a la fiscal en su concreción y coincide plenamente con Álvarez Royo-Villanova en su interpretación acerca de la Ley de Modificaciones Estructurales en este sentido: si el legislador decide someter una operación a un determinado procedimiento, lo hace expresamente. En este caso, el asunto acerca de la sucesión universal queda resuelto por la Dirección General de los Registros y el Notariado, atribuyendo la posibilidad de realizar la aportación de rama de actividad tanto por la vía de segregación como de aumento de capital. En la primera, existe sucesión universal, mientras que en la segunda no, como se resolvía en el último apartado del segundo capítulo, lo que señala cierta complejidad interpretativa respecto a ambas posibilidades completamente distintas y que deberán cumplir requisitos de diferente índole en cada uno de ellos.

Así las cosas, resulta también sorprendente que la solución únicamente proceda de la Dirección General de los Registros y el Notariado en lugar de la Dirección General de Tributos, quien podría haber aportado una respuesta a la perspectiva fiscal de esta operación sobre la que existen tantas dudas, lo que refleja, una falta de complementariedad entre las distintas ramas del Derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, considero que la jurisprudencia y la doctrina administrativa y científica deben cumplir una función mucho más complementaria a la ley en las cuestiones más controvertidas, en lugar de definir en su totalidad conceptos jurídicos complejos que deberían encontrarse de forma más concreta en la ley.

Lo cierto es que una mayor precisión legislativa, una alineación entre ordenamientos jurídicos distintos y una mayor conexión entre el ámbito mercantil y el tributario puede resultar una exigencia demasiado optimista. De hecho, nada más lejos de la realidad, es lo que ha ocurrido en un aspecto muy concreto analizado *supra*, donde se armonizaba recientemente la normativa estatal y foral en la compensación de bases imponibles negativas. El problema se basa en que, si la homogeneización de la normativa foral y la del territorio común ha tardado tantos años en alinearse, es difícil considerar que esto pudiera producirse a nivel comunitario, donde los asuntos revisten una complejidad significativamente superior.

En conclusión, como solución a estos problemas regulatorios e interpretativos se plantea una mayor armonización tanto a nivel comunitario, con el establecimiento de directrices completas y exhaustivas que complementen el artículo 11 de la Directiva 2009/424/CE, como interno, en el que una mayor coordinación entre la LME y la LIS supondría una mayor seguridad jurídica para el contribuyente en un régimen fiscal que trata de no obstaculizar este tipo de operaciones. Obviamente, estos objetivos requieren una periódica adaptación de la normativa que frecuentemente se alarga en el tiempo, pero este reto supondría un auténtico impulso a las operaciones de reestructuración empresarial, así como a las aportaciones de rama de actividad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN.**

Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre (LCEur 2009, 1752) 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.

Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. RCL 2006\2123.

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

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Norma Foral 1/2020, de 20 de abril, por la que se introducen modificaciones tributarias relacionadas con la transposición de Directivas europeas y otras modificaciones de carácter técnico.

Norma Foral 6/2020, de 15 de julio, de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por las que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el

funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea y de modificación de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia y de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Norma Foral 2/2021, de 29 de enero, de medidas tributarias para 2021

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

## 2. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Sentencia de fecha 17 julio de 1997. TJCE 1997/156.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Halifax plc. Leeds Permanent Development Services Ltd. County Wide Property Investments Ltd Contra Commissioners of Customs & Excise. TJCE 2006/383.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de Julio de 2009 (asunto C-397/07).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2009. RJ 2010, 1218. Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010. RJ 2004/3300. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2011. RJ 2011/1080. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012. RJ 2009/7012. Sala 2ª de lo contencioso administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 julio 2012. RJ\2012\7896. Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013. RJ 2013/4537. Sala 2ª de lo contencioso-administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2014. RJ 2014\5295. Sala 2ª de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2015.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 enero 2019. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (JT\2019\190).

Resolución TEAC de 8 de marzo de 2013.

Resolución TEAC 5 de febrero de 2015. JT 2015/677.

Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) de 22 de julio de 2016. (BOE-A-2016-8573).

Consulta DGT V0017-2002, de 21 de mayo de 2002.

Consulta DGT V0574-09, de 24 de marzo de 2009.

Consulta DGT V2274-09, de 9 de octubre de 2009.

Consulta DGT V-0883/10, de 3 de mayo de 2010

Consulta DGT V1212-12, de 1 de junio de 2012.

Consulta DGT V-3042/13, de 11 de octubre de 2013.

Consulta DGT V0101-16, de 15 de enero de 2015.

Consulta DGT, V5011-16, de 18 de noviembre de 2016.

Consulta DGT V5232-16, 12 de diciembre de 2016.

Consulta DGT V5340-16, de 19 de diciembre de 2016.

Consulta DGT V5446-16, de 23 de diciembre de 2016.

Consulta DGT V0636-17, de 13 de marzo de 2017.

Consulta DGT V0194-18, de 30 de enero de 2018.

Consulta DGT V0545-18, de 26 de febrero de 2018.

### 3. OBRAS DOCTRINALES.

Álvarez Royo-Villanova. S.: “Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC”. *Revista El Notario del Siglo XXI* nº 67/2016.

Aniorte García I., “Reestructuraciones empresariales: escisión y evasión fiscal. Medidas fiscales antiabuso de la UE y su recepción por el ordenamiento español”, *Revista electrónica de Derecho tributario de la Unión Europea*, volumen 2-2016, 2016.

Calvo, J., “Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas”, *Carta tributaria. Monografías*, Nº 18, 2011.

Calvo, J., “Régimen fiscal especial aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de canje de valores: su compatibilidad con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 21, 2011.

Checa González, C., Los «motivos económicos válidos» que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. *Revista Quincena Fiscal* num.num.1/2009 (BIB 2009\23).

Duro Hernández, L. Espinosa Valtueño, E., “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2011(BIB 2011\1630).

Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra E., *Derecho Fiscal Internacional*. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

García-Olías, C.,” La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 49, 2018.

García-Torres Fernández, M. J. “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades” *Revista Quincena Fiscal*. n. 17, 2019, p. 3.

Paredes Gómez, R., “Neutralidad del Impuesto de Sociedades español en el contexto europeo. “*Documentos Instituto de Estudios Fiscales*”, n. 21, 2004.

Paredes Gómez, R., “Neutralidad en la elección de la forma jurídica y el tamaño de la empresa: aproximación empírica y propuestas de reforma de la imposición empresarial en España” **XIII Encuentro de Economía Pública**. Playadulce (Almería), Hotel Playadulce. 2 y 3 de febrero, 2006, ISBN 84-8240-795-3.

Pérez Basconcillos, D. “Nueva regulación de la transmisión de bases imponibles negativas en las escisiones parciales en los territorios forales”, *Aedaf, Grupo de Expertos en Derecho Foral*, marzo, 2021.

Rodríguez, F., “Escisión, segregación y aportación de rama de actividad”, *Academia Matritense del Notariado*, revista N° 32, 2010. (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1118-escision-segregacion-y-aportacion-de-rama-de-actividad-0-11135258163451457>; última consulta 13/01/2021).

Sánchez Manzano, J.D., Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad. *Revista Quincena Fiscal* num.13/2012 (BIB 2012\1167).

Serra Callejo, J. “¿Es la rama de actividad una modificación estructural?” *El Notario del siglo XXI*, n.28, 2010.

VV. AA, “Rama de actividad” en *Guías Jurídicas. Wolters Kluwer*, p.11. (Base de datos consultada 01/11/2020).

VV. AA, “Reestructuraciones empresariales: Régimen fiscal del Impuesto sobre Sociedades” en *Thomson Reuters Aranzadi Experto (DOC 2003/523)*, p.1. (Base de datos consultada el 17/09/2020).

Vives Ruiz, F. y Tapias Monné, A. “La Ley de Modificaciones Estructurales. Una norma técnicamente fallida” *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Octubre, 2013.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET.

Calle Bescós, J. “El efecto mariposa, el TEAC y la consolidación fiscal” *Blog Cuatrecasas*, Mayo 2018. (disponible en: <https://blog.cuatrecasas.com/consolidacion-fiscal-efecto-mariposa-teac/>; última consulta: 5/2/2021).

López, P. “Aplicamos correctamente el régimen fiscal especial en supuestos de reestructuración empresarial? Casos de aplicación práctica.” *Wolter Kluwers*, Octubre 2019. (disponible en: <http://pascuallopez.blogcanalprofesional.es/aplicamos-correctamente-el-regimen-fiscal-especial-en-supuestos-de-reestructuracion-empresarial-casos-de-aplicacion-practica/>; última consulta: 8/3/2021).

VV.AA. “Aportación de rama de actividad mediante una operación de aumento de capital” *Osborne Clarke Insights* (disponible en <https://www.osborneclarke.com/es/insights/aportacion-de-rama-de-actividad-mediante-una-operacion-de-aumento-de-capital/>; última consulta 5/2/2021).