



**FACULTAD DE DERECHO**

# **RÉGIMEN FISCAL DE LOS PROCESOS DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

**Autor: Elena Cernuda González**

**5º E3 A**

**Derecho Tributario**

**Director: Ramón Casero Barrón**

**Madrid  
Abril 2020**

# ÍNDICE

ÍNDICE .....	2
RESUMEN.....	3
PALABRAS CLAVE .....	3
ABSTRACT .....	4
KEY WORDS .....	4
LISTA DE ABREVIATURAS .....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS.....	8
3. RÉGIMEN FISCAL DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS .....	10
3.1 Regulación del régimen fiscal especial.....	11
3.3 Escisiones .....	14
3.4 Las aportaciones no dinerarias .....	16
3.5 Canje de valores .....	18
2.6 Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea .....	20
4. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.....	21
4.1 Aspectos importantes del régimen del diferimiento .....	22
4.1.1 Entidad transmitente .....	22
4.1.2 Entidad adquirente .....	24
4.1.3 Subrogación en derechos y obligaciones de la entidad adquirente .....	25
4.1.4 Bases imponibles negativas.....	25
4.1.5 Deducción de gastos financieros.....	27
4.2 Aplicación del régimen fiscal especial a los socios.....	28
5. NORMATIVA EUROPEA DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS ....	30
5.1 Comunicación del régimen fiscal especial .....	31
5.2 Operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal.....	33
6. LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS .....	36
6.1 Características fiscales .....	36
6.2 Amortización fiscal del fondo de comercio .....	36
7. CONCLUSIONES.....	41
8. BIBLIOGRAFÍA.....	43

## **RESUMEN**

El objetivo fundamental de este trabajo es realizar un estudio del régimen fiscal especial que se aplica a determinadas concentraciones de empresas. En la actualidad, el mundo en el que operan los sujetos económicos es un entorno altamente globalizado y competitivo, en el que las reestructuraciones y concentraciones entre compañías es cada vez más usual. Estas concentraciones no solo se dan entre empresas del mismo Estado, sino que también surgen entre entidades residentes en diferentes Estados. Los impuestos y requisitos fiscales no pueden suponer un impedimento para que se den estas operaciones, dada su gran importancia. Por ello, se ha creado un régimen fiscal especial de neutralidad al que se acogen estos supuestos, para que las compañías no se vean obstaculizadas y puedan seguir realizando las reestructuraciones siempre y cuando respondan a razones económicas. La principal característica de este régimen es el diferimiento de la tributación de las plusvalías que se originan por las transferencias de los patrimonios empresariales. Por todo esto, se ha realizado un estudio tanto a nivel interno como comunitario de las operaciones a las que se les aplica este régimen fiscal especial y sus características fundamentales.

## **PALABRAS CLAVE**

Régimen fiscal especial, neutralidad, diferimiento, entidad, concentraciones, reestructuraciones

## **ABSTRACT**

The main purpose of this paper is to carry out a study of the special tax regime that applies to certain concentrations of companies. Nowadays, the world in which economic subjects operate is a highly globalized and competitive environment, in which reorganizations and mergers between companies are increasingly common. These concentrations not only occur between companies in the same State, but also between entities who reside in different States. Taxes and state requirements cannot be an impediment to these operations given their great importance. Therefore, a special neutral tax regime has been created so that companies are not hindered and can continue to concentrate and carry out certain operations when they answer to economic reasons. The main feature of this regime is the deferral of the taxation of capital gains arising from the transfer of their business assets. Finally, a study has been carried out at internal and EU level of the operations to which the special tax regime applies and their fundamental characteristics.

## **KEY WORDS**

Special tax regime, neutrality, deferral, company, concentrations, reorganizations

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

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

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

**Directiva 90/434/CEE:** Directiva 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 (90 /434/CEE)

**Directiva 2009/133/CE:** Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro

**Reglamento 139/2004:** Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»)

**Ley 29/1991:** 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:** Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

**Ley 14/2000:** Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

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

**Ley 22/2015:** Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas

**Código de Comercio:** Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

**Decisión de la Comisión de 15 de octubre 2014:** Decisión (UE) 2015/314 de la comisión de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal ejecutada por España del régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras

**Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011:** Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero del 2011 relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras.

**BINS:** Bases Imponibles Negativas

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**TGUE:** Tribunal General de la Unión Europea

**DGT:** Dirección General tributaria

**AIE:** Agrupaciones de interés económico

**UTE:** Uniones temporales de empresas

**EEE:** Espacio Económico Europeo

**LSC:** Ley de Sociedades de Capital

**SE:** Sociedad Europea

**SCE:** Sociedad Cooperativa Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el mundo en el que operan las empresas es un espacio donde la economía está globalizada y los mercados internacionalizados, por lo que deben adecuar sus estructuras empresariales a los nuevos retos y regulaciones que se establecen. En los mercados operan diversos sujetos. Por un lado, las empresas que ofrecen bienes y servicios con el objetivo de conseguir beneficios de sus operaciones y, por otro lado, los consumidores que demandan estos productos y servicios para satisfacer sus necesidades. (Bolívar Gacitúa, 2013)

Cada uno de los mercados y sectores en los que las empresas operan, son mercados competitivos debido a la estructura económica en la que está compuesta la sociedad. Por lo tanto, la competencia es el motor que empuja la economía y permite la eficiencia del mercado. Sin embargo, esta competencia debe ser efectiva e ir dirigida a conseguir el beneficio de toda la comunidad. Para ello, considerando la libertad de empresa como un presupuesto esencial en el desarrollo de la economía, también surge una amplia regulación, con el objetivo de proteger a todos los individuos, perseguir la correcta distribución de los recursos, garantizar el bienestar común, y una competencia efectiva. (Bolívar Gacitúa, 2013)

En cuanto a la libertad de empresa, como derecho fundamental recogido en la Constitución Española en su artículo 38, engloba la libertad de empezar a desarrollar una actividad, cesar las operaciones comenzadas, actuar en el mercado y, además, la libertad de unirse con otros sujetos y empresarios para lograr los objetivos empresariales marcados (Viera Álvarez, 2010).

Dentro de la nueva normativa que surge, nos encontramos con la ampliación de la normativa comunitaria e internacional en este ámbito (Bolívar Gacitúa, 2013). El último reglamento europeo en materia de concentraciones de empresas es el Reglamento n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, que modifica el Reglamento número 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. Esta norma pretende garantizar el mercado interior para que no se vea distorsionado con la competencia. Para ello, es imprescindible que los Estados miembros de la Unión Europea defiendan los principios de libre competencia en una economía abierta. La reducción de las barreras internacionales en lo relativo al comercio, ha llevado

a multitud de concentraciones intracomunitarias que requieren una amplia regulación comunitaria para salvaguardar una competencia dinámica y evitar quebrantar la competencia efectiva del mercado común (Reglamento nº 139/2004 del Consejo).

Por otro lado, en materia del régimen fiscal aplicable a estas concentraciones de empresas, a nivel comunitario, podemos observar la Directiva 2009/133/CE, que vino a sustituir la Directiva 90 /434/CEE, que fue la primera que reguló el régimen fiscal aplicable a las operaciones de concentración comunitaria, y en concreto, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. La nueva Directiva, es decir, la Directiva 2009/133/CE, añade dentro de las operaciones de reestructuración, el traslado del domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro

## **2. LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS**

El artículo 3 del Reglamento 139/2004 del Consejo describe lo que se entiende por concentraciones de empresas. Las concentraciones de empresas se producen cuando hay un cambio duradero en el control de una empresa por razón de una fusión de dos o más empresas o por medio de una adquisición, por parte de uno o varias empresas, de las participaciones o del activo de otra (Reglamento 139/2004, Consejo).

Para que exista control, es necesaria la posibilidad de poder influenciar la marcha de la empresa, ya sea a través de sus órganos de representación y deliberativos, o a través de la tenencia de derechos de propiedad o de uso de la totalidad de activos, o una parte importante.

Relacionando la normativa comunitaria, con la normativa estatal, recogida en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades en su Título VII Capítulo VII, las modificaciones estructurales de las empresas que nos interesan para estudiar las concentraciones y reestructuraciones, y más adelante, su régimen fiscal, se pueden agrupar en fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social (LIS).

Estas operaciones se expondrán con más precisión en epígrafes posteriores. Sin embargo, para tener una noción general de las operaciones que se contienen en estas

concentraciones y reestructuraciones de empresas, conviene realizar una aproximación a sus conceptos. Se va a exponer la regulación que se contiene en la Ley de Impuestos sobre Sociedades actual, aunque las definiciones contenidas en la normativa europea son iguales, y serán objeto de exposición más adelante.

Las definiciones de estas operaciones se contienen en el artículo 76 LIS, que se engloba dentro del Título VII Capítulo VII de esta ley, donde se regulan las operaciones de concentración y reestructuración de las empresas.

Dentro de las operaciones de **fusión**, se pueden observar tres tipos de operaciones. En primer lugar, están las operaciones mediante las cuales una o más empresas transmiten a otra entidad ya existente, el conjunto de su patrimonio social, mediante la disolución sin liquidación de la transmitente, a cambio de valores representativos del capital social de la adquirente (art. 76.1 a) LIS). La segunda operación que se engloba dentro de las operaciones de fusión es la transmisión del patrimonio social de dos o más empresas a una entidad nueva, compensando a estas entidades con valores representativos del capital social de la nueva entidad (art. 76.1 b) LIS). Se permite compensaciones diferentes a acciones, como se comprobará en epígrafes ulteriores. Por último, también se engloba dentro de las fusiones, los casos en los que la adquirente posea el total del capital social de la transmitente, y el patrimonio se transmita en su totalidad con la correlativa disolución sin liquidación de la transmitente (art. 76. 1 c) LIS).

En cuanto a las reestructuraciones que se conocen como **escisiones**, consiste en la división del patrimonio social de una empresa en dos o más partes y su transmisión a dos o más entidades, que pueden existir con anterioridad o ser de nueva creación, adquiriendo los socios de la entidad disuelta sin liquidación, valores representativos del capital social de las entidades adquirentes en proporción a lo transmitido (art. 76. 2 a) LIS). También se considera escisión a la segregación de una o varias partes del patrimonio de la entidad transmitente, que tengan la consideración de ramas de actividad, y su transmisión a una o varias entidades adquirentes, ya sean de nueva creación o ya existentes, conservando la entidad transmitente alguna rama de actividad o participaciones de las adquirentes (art. 76.2 b) LIS). Por otro lado, puede suceder que una empresa contenga en su patrimonio social, participaciones en el total del capital social de otras, y transmita este patrimonio a otras entidades nuevas o ya existentes, manteniendo participaciones de las mismas

características o ramas de actividad, y recibiendo valores representativos del capital social en proporción a sus respectivas participaciones (art. 76.2 c) LIS). Este tipo de operación, como se estudiará en detalle más adelante, se considera una escisión financiera.

**Las aportaciones no dinerarias**, se podrían definir como la transmisión de parte del activo de una empresa a otra, que puede ser una rama de actividad, a cambio de valores representativos de capital social de la adquirente (art. 76.3 LIS)

Como en las concentraciones de empresas es relevante la posibilidad de influir en el órgano de representación y en la marcha de la otra empresa, hay que considerar los **canjes de valores** representativos del capital social, que consiste en la adquisición por parte de una entidad, de valores representativos de capital social que le confiere la mayoría de los derechos de voto de la otra empresa (art. 76.4 LIS).

Con la redacción de la Directiva 2009/133/CE, que sustituye la Directiva 90/434/CEE, se incluyó dentro de las concentraciones el **traslado de domicilio social** de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado a otro. Se aplica el régimen fiscal de concentraciones en los casos en los cuales no se disuelva ninguna sociedad ni se cree ninguna nueva (Directiva 2009/133/CE).

### **3. RÉGIMEN FISCAL DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS**

Como objetivo principal de la Unión Europea, se encuentra el crear un mercado interior y garantizar la libre competencia. Estas premisas han sido acogidas por los diversos Estados que integran esta organización. Para poder proteger y garantizar su funcionamiento, las operaciones consistentes en concentraciones de empresas no pueden estar obstaculizadas por las diferentes regulaciones de cada uno de los Estados. En relación con lo anterior, antes de la creación de la promulgación de regulación comunitaria y las adaptaciones estatales que se realizaron, la normativa interna de cada Estado perjudicaba las concentraciones comunitarias frente a las realizadas dentro del Estado. Para ello, se ha intentado crear un régimen fiscal común entre todos los Estados miembros para radicar estas diferencias y desventajas (Directiva 2009/133/CE).

Este régimen común especial, que se aplica en todos los Estados miembros, garantiza el diferimiento de la tributación de las plusvalías que se originan en estas operaciones de

concentraciones empresariales, hasta el momento en el que se haga efectiva las transmisiones u operaciones. En este sentido, también incluye una normativa especial en el ámbito de las pérdidas y reservas que presentan las sociedades transmitentes, y regula los supuestos en los que una sociedad tiene participación en la otra (Directiva 2009/133/CE).

### **3.1 Regulación del régimen fiscal especial**

A nivel nacional, la regulación actual en las concentraciones de empresas y la aplicación del Régimen Fiscal Especial a las operaciones de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social, se encuentra recogido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2014 (LIS). La normativa estatal interna ya modificó el régimen fiscal en las operaciones de concentración y reestructuración cuando traspuso la primera Directiva Europea en este ámbito, es decir, la Directiva 90/434/CE. Por lo tanto, la normativa actual del Impuesto sobre Sociedades surge de la adaptación de nuestra normativa interna a la regulación prevista en la Unión Europea, que debe aplicarse en todos los Estados miembros. En este sentido, la normativa europea principal en este ámbito está regulado en la actual Directiva 2009/133/CE.

En primer lugar, y como se comentará detenidamente en los epígrafes siguientes, este Régimen se aplica salvo que se comunique la renuncia expresa. Sin embargo, se deberá seguir comunicando a la Administración la realización de este tipo de operaciones, y en el caso de omitir este trámite, se impondrá una sanción grave de 10.000 euros. Para que se pueda aplicar este Régimen Especial, es necesario que existan motivos económicos válidos, y ante la ausencia de estos motivos por parte de la Administración, surgirá una presunción de fraude fiscal en la operación, y la consiguiente supresión del derecho a poder beneficiarse de las ventajas que ofrece. Por último, otra de las novedades que recoge esta Ley, es la subrogación que se produce por parte de las entidades adquirentes de las bases imponibles negativas de la rama de actividad o de la entidad que se adquiere, ya que estas acompañan a la actividad por la cual se han generado. (Gómez-Acebo & Pombo, 2014)

### **3.2 Fusiones**

La primera de las operaciones de concentración que se regula, tanto en la LIS como en la Directiva 2009/133/CEE son las operaciones de fusión, que como establecen sus artículos 76.1 y 2 a), respectivamente, se les aplica el Régimen Fiscal Especial de las concentraciones empresariales.

Como se mencionó también en otros epígrafes, ambas normativas engloban las mismas operaciones dentro de esta definición. En primer lugar, se define la fusión por absorción, a la luz del artículo 23.2 LME, que se recoge en el artículo 76.1 a) LIS y en el primer apartado del artículo 2 a) de la Directiva 2009/133/CEE. En este tipo de fusión, una o más sociedades transfieren a través de su disolución sin liquidación, el total de su activo y pasivo, es decir, de su patrimonio, a otra sociedad ya existente. En este tipo de operación se les entrega a los socios de la sociedad o sociedades extinguidas valores representativos del capital de la existente, o bien una compensación en dinero que no exceda el diez por ciento del valor nominal o un valor equivalente al nominal.

En segundo lugar, se regula la fusión por constitución, que se define así en el artículo 23.1 LME. Esta operación se engloba dentro de las operaciones de fusión, en aras a aplicarle el régimen fiscal especial, en el artículo 76.1 b) LIS, y en el segundo apartado del artículo 2 a) de la Directiva 2009/133/CEE. En este caso, lo que sucede es que una o varias sociedades se disuelven sin liquidación y transmiten la totalidad de su patrimonio a otra sociedad que se constituye como nueva, es decir, no existía con anterioridad a la operación. Al igual que las fusiones por absorción, se entrega a los socios de las sociedades disueltas, valores representativos de capital de la nueva sociedad, en función de su participación en las antiguas extinguidas, o bien una compensación en dinero que no exceda el diez por ciento del valor nominal o un valor equivalente al nominal.

Por último, nos encontramos con las fusiones impropias reguladas en el artículo 76.1 c) LIS, y el apartado tercero del artículo 2 a) de la Directiva 2009/133/CEE. Este tipo de operaciones de concentración, son similares a las fusiones por absorción, ya que una sociedad se disuelve sin liquidación y tramite el total de su patrimonio a otra sociedad ya existente. La diferencia con las fusiones por absorción es que, la sociedad a la cual transmite su patrimonio es la titular de la totalidad de los valores representativos del capital social de la extinguida. Por lo tanto, no se produce ningún tipo de emisión de

nuevas acciones, es decir, no se necesita realizar ningún tipo de aumento de capital, ya que los únicos socios con los que cuenta la sociedad absorbida son los de la sociedad absorbente, por lo que tampoco es preciso realizar ninguna operación de canje de acciones entre los socios. La fusión impropia que se regula en estos artículos son las fusiones por absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa, es decir, es la absorbente la que tiene esta participación en la absorbida (López Tello & Cremades Schulz, 2010).

Sin embargo, la operación que suscita dudas de incorporación para acogerse a la aplicación del régimen especial, son las fusiones que consisten en la absorción de una sociedad íntegramente participada de forma indirecta. Estas operaciones se regulan, a efectos mercantiles, en el artículo 49.2 LME. El gran problema en estos casos es que la sociedad absorbente no es la única socia de la absorbida, e incluso puede suceder que la sociedad absorbente no sea socia directa de la absorbida, pero indirectamente posee la totalidad de las participaciones. Por lo tanto, en este caso, no se cumpliría con exactitud lo que dispone el artículo 76.1 c) LIS, y el apartado tercero del artículo 2 a) de la Directiva 2009/133/CEE. Sin embargo, algunos autores han propuesto dos soluciones a este supuesto para poder aplicarles el régimen de neutralidad. En primer lugar, se opta por la calificación unitaria, por la cual todas las operaciones de fusión o escisión que se recojan en la LME, se considerará que se les deberá aplicar el régimen fiscal especial de la LIS. Por otro lado, se propone una solución de efectos equivalentes, es decir, si las operaciones producen los mismos efectos que las de las operaciones contenidas en la LIS, se podrán englobar en la aplicación del régimen especial (López Tello & Cremades Schulz, 2010). En aras a determinar lo que opina en este aspecto la Dirección General de Tributos, en su resolución número nº V0256 del 17 de febrero de 2017 resolvió que, si una operación está recogida en la LME en el ámbito mercantil, y cumple con lo dispuesto en el artículo 76.1 LIS, entonces se le podrá aplicar el régimen especial. Esto surge de la interpretación del artículo 52 LME, que establece que lo que se recoge para la absorción de sociedades íntegramente participadas, se aplicará también a la absorción de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta.

También hay que considerar las llamadas **fusiones inversas**, en las cuales la mayoría del patrimonio de la sociedad absorbida está compuesta por participaciones en la sociedad absorbente. Para entender esta fusión y determinar si se le aplica el régimen fiscal

especial, vamos a analizar un ejemplo que fue el que se analizó en la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V1678-18, de 13 de junio de 2018. Esta consulta versaba sobre la fusión de tres entidades, A, B y C, en la cual C adquiriría todo el patrimonio de A y B mediante una fusión por absorción. Sin embargo, ambas sociedades absorbidas contenían en la mayoría de su patrimonio, participaciones de C. Por lo tanto, junto con las participaciones de A y de B, disponían de un 88,68% y de un 11,32% del capital social de C, es decir, que entre las dos sumaban el total de la participación en el capital social de C. Como la mayoría de las operaciones de fusión, las sociedades A y B se disolverían, sin liquidación, transmitiendo la totalidad de su patrimonio a la entidad C. La sociedad C realizaría lo consiguiente ampliación de capital atribuyendo a los socios de A y B las participaciones respectivas en el capital social de C. La Dirección General de Tributos resolvió estableciendo que: *“si la operación proyectada se realiza en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, y cumple además lo dispuesto en el artículo 76.1.a) de la LIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VII del Título VII de la mencionada Ley, en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo”* (Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V1678-18, de 13 de junio de 2018). Por lo tanto, como esta operación se regula en el artículo 52.2 LME y reviste las formalidades previstas en el artículo 76.1 a) LIS, le será de aplicación el régimen fiscal especial contenido en la LIS. Sin embargo, si no se produce una ampliación de capital, estaríamos ante una disolución y liquidación, y no ante una fusión por absorción, por lo que no se aplicaría el régimen fiscal especial.

### 3.3 Escisiones

Las escisiones son operaciones de concentración a las que se les aplica el régimen fiscal especial. Se encuentran reguladas en el artículo 2 b) y c) de la Directiva 2009/133/CEE y el artículo 76.2 LIS.

La Directiva 2009/133/CEE diferencia entre dos tipos de escisiones, la escisión total (art. 2 b) Directiva 2009/133/CEE) y la escisión parcial (art. 2 c) Directiva 2009/133/CEE). En primer lugar, la **escisión total**, regulada a la vez en el artículo 76.2 a) LIS, consiste en la transmisión en bloque, a varias entidades existentes con anterioridad, de la totalidad del patrimonio social dividido de otra entidad, con la consecuente disolución sin liquidación de esta última. Al igual que en las fusiones, se les otorgará a los socios de la

sociedad extinguida, valores representativos de capital social de aquellas sociedades a las que se les ha transmitido el patrimonio. A su vez, se podrá compensar a los socios con una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal. Por lo tanto, estas operaciones de escisión son similares a las de fusión, pero el patrimonio de la sociedad escindida no pasa a formar parte de una sociedad nueva o ya existente, sino que se divide entre varias sociedades ya existentes o nuevas.

Por otro lado, regulado en el artículo 2 c) de la Directiva 2009/133/CEE y en el 76.2 b) LIS, podemos observar la **escisión parcial**. Esta operación consiste en la transmisión en bloque a una o más entidades, ya sean nuevas o ya existentes, de su patrimonio social dividido que formen ramas de actividad. La sociedad transmitente mantiene en su patrimonio por lo menos una rama de actividad, o bien participaciones en el capital de sociedades que representen la mayoría del capital de estas. A cambio, recibirá valores representativos del capital de las adquirentes, que se atribuirán a sus socios de manera proporcional a sus participaciones anteriores. En las escisiones parciales, al transmitirse parte del patrimonio social de la entidad, se deberá realizar una reducción del capital social o de las reservas en la cuantía necesaria. También cabe, en este tipo de operaciones, una compensación en dinero, siempre que no supere el diez por ciento del valor nominal. Esta operación se recoge en los mismos términos en la legislación mercantil, y en particular, en el artículo 70 LME. Sin embargo, en vez de recoger el término “rama de actividad”, utiliza el concepto de “unidad económica”, que tiene las mismas características.

Por último, aunque no se recoge en la normativa europea, la Ley de Impuesto sobre Sociedades, engloba dentro de estas operaciones de escisión a las que se les aplica el régimen fiscal especial, en el artículo 76.2 c) LIS, las llamadas **escisiones parciales financieras**. Estas concentraciones consisten en la segregación de parte del patrimonio social de una entidad que está formada por participaciones en el capital de otras entidades representativas de la mayoría del capital social de estas, que se transmiten a una o más entidades ya existentes o nuevas. En la sociedad transmitente se debe mantener en su patrimonio otras participaciones similares, o bien una rama de actividad. A cambio se recibirán, valores representativos del capital social de las adquirentes, que se atribuirán a los socios en proporción a su participación de la transmitente. Al igual que en las escisiones parciales, al transmitir parte del patrimonio sin disolución, la entidad deberá realizar la consecuente reducción de capital social y de reservas necesaria. Como en la

mayoría de las operaciones de concentración, se permite la compensación en dinero, siempre y cuando no supere el diez por ciento del valor nominal.

En alguna de las definiciones de las operaciones de escisión se menciona el concepto de rama de actividad. Este término viene definido en el apartado 4 del artículo 76 LIS: *“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”*. Por lo tanto, se exige una organización empresarial diferenciada por cada conjunto patrimonial, y cada rama de actividad debe estar compuesta por actividades empresariales de diferente naturaleza, o bien, diferente destino o naturaleza de los elementos patrimoniales (Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, nº V5238). Así también se define en la Directiva 2009/133/CE en su artículo 2 j) como: *“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”*.

Para que una escisión parcial financiera, pueda englobarse dentro de la aplicación del régimen fiscal especial se deben cumplir los requisitos contenidos en la normativa de la Ley de Impuesto sobre Sociedades y en la normativa mercantil. En primer lugar, el patrimonio que se segrega debe estar constituido por participaciones mayoritarias en otras sociedades. Por otro lado, la sociedad transmitente no se disuelve ni liquida, sino que sigue existiendo y conservando en su patrimonio otras participaciones mayoritarias en otras sociedades, o bien una o varias ramas de actividad, como se desprende del artículo 76.4 LIS. Si se cumplen estos dos requisitos, se podrá aplicar el régimen fiscal especial contenido en el capítulo VII del título VII de la LIS (Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2572)

### **3.4 Las aportaciones no dinerarias**

Las aportaciones no dinerarias se incluyen dentro de las operaciones empresariales de concentración y reestructuración a las que se les aplica el régimen fiscal especial. En el artículo 2 d) de la Directiva 2009/133/CEE, estas operaciones se denominan aportaciones de activos, y se definen como la aportación que realiza una sociedad a otra, sin su

disolución, de la totalidad, de una o más ramas de actividad, a cambio de títulos representativos del capital social de la entidad beneficiaria de la aportación. Esta operación también se regula en el artículo 76.3 de la LIS.

En relación con las aportaciones no dinerarias, se debe exponer el artículo 87 LIS, que recoge las aportaciones no dinerarias de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. Para que se pueda aplicar el régimen de neutralidad deben concurrir ciertos requisitos. Estos requisitos son los siguientes:

1. La sociedad beneficiaria de la aportación no dineraria debe ser residente en España o realizar actividades en territorio español a través de un establecimiento permanente al que se afectarán los bienes aportados.
2. Después de realizar la aportación el sujeto pasivo debe participar por lo menos en un cinco por ciento del capital social de la entidad beneficiaria de la aportación.
3. En el caso en el que la aportación no dineraria consista en acciones o participaciones de otra entidad, se tendrán que cumplir unos requisitos adicionales. Los requisitos adicionales se exponen a continuación:
  - Que las entidades de cuyas acciones o participaciones se traten, no sean AIE, españolas o europeas, UTE, ni desarrollen como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
  - Las acciones o participaciones deben representar por lo menos un cinco por ciento del capital social de la entidad de la que se trate.
  - El sujeto aportante de las acciones o participaciones debe haber conservado estos títulos por lo menos durante el año anterior a la formalización de la operación en documento público.
4. Por último, se incluye un requisito para los elementos patrimoniales aportados por residentes de Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no se trate de acciones o participaciones. Dichos elementos patrimoniales, deberán estar afectos a actividades empresariales. Además, estas actividades deben llevar una contabilidad a la luz del Código de Comercio, o una legislación similar (art 87 LIS). Por lo tanto, cabe hacer especial mención a que, en el caso en el cual lo que se aporte no constituya una rama de actividad, sino que se trate de un elemento

patrimonial, este debe estar afecto a una actividad empresarial (Consulta Vinculante de la DGT número V0470-2016).

Además, en el segundo apartado de este artículo 87, se engloban dentro de las operaciones a las que se les aplica el régimen fiscal especial, aquellas aportaciones de rama de actividad, realizadas por sujetos pasivos residentes en Estados miembros de la Unión Europea, siempre y cuando lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente (art 87.2 LIS)

En este tipo de operaciones, vuelve a tener gran importancia el significado de rama de actividad que se contiene en el artículo 2 j) de la Directiva 2009/133/CEE y en el 76.4 LIS, que se expuso con anterioridad.

### **3.5 Canje de valores**

La operación de canje de valores representativos del capital social o de acciones, es la última de las operaciones de concentración que se engloban dentro de la aplicación del régimen fiscal especial. En concreto, se encuentra definido en el artículo 2 e) de la Directiva 2009/133/CEE y en artículo 76.5 LIS. Se define como la adquisición, por parte de una sociedad, de participación en el capital social de otra, que le otorgue la mayoría de los derechos de voto de dicha entidad. En el caso en el que ya disponga de la mayoría de los derechos de voto, la adquisición deberá otorgarle una mayor participación en la entidad. Esta operación se realiza, a la luz del artículo 76.5 LIS: *“mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”* (art. 76.5 LIS).

Por otro lado, el artículo 80.1 LIS, recoge los requisitos que debe cumplir la operación de canje de valores para que se le pueda aplicar el régimen fiscal especial. Estos requisitos son los siguientes:

1. Los socios que realicen la operación de canje, deben ser residentes en España o un Estado miembro de la UE. En el caso en el que sea residente de otro Estado diferente a los anteriores, los valores que se reciban, deben ser representativos del capital social de una entidad española o de un Estado miembro. También se les aplicará el régimen especial a las sociedades a las que se les aplique el régimen de

atribución de rentas, por lo que no se integrará en la base imponible del IS las rentas generadas por causa del canje de acciones, siempre que la operación sea la que se engloba en este régimen o esté amparada en la Directiva 2009/133/CE. (art. 80.1 LIS)

2. La entidad que reciba los valores debe residir en España o le debe ser de aplicación la Directiva 2009/133/CE (art. 80.1 LIS).

Cabe puntualizar, que lo que se exige en este tipo de operaciones es la adquisición de la mayoría de los derechos de voto, no de la mayoría del capital social. La mayoría de los derechos de voto se obtienen cuando se logra obtener más de un cincuenta por ciento de estos (López, 2019).

En este mismo apartado, vamos a exponer como se deberán valorar estas operaciones de canjes de valores, si se cumplen los preceptos que se han mencionado anteriormente y, por lo tanto, se le pueda aplicar el régimen especial fiscal a la operación.

En primer lugar, los valores que reciba la entidad que realiza esta operación de canje, se valorarán por el valor fiscal que tenían en el patrimonio social de los socios que los aportan. La fecha de valoración será aquella en la que los socios adquirieron los valores (art 80.2 LIS). Por lo tanto, a modo de ejemplo, si los socios que aportan las acciones para realizar el canje, las tenían valoradas en su patrimonio social a veinte euros, el valor que aparecerá en la entidad que reciba estos valores, será de veinte euros. En conclusión, si en el mercado, estos valores, tienen un valor de treinta euros, no se tendrá en cuenta. Si no se aplicase el régimen fiscal especial, la entidad adquirente de los valores debería tener registrar la plusvalía de diez euros a efectos fiscales.

En segundo lugar, desde la perspectiva de los valores que reciben los socios a cambio de la operación, se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los que había entregado (art. 80.3 LIS). En consecuencia, si los socios aportaron acciones por valor de sesenta euros, valorarán las participaciones recibidas por sesenta euros, sin tener en cuenta el posible valor de mercado que puedan tener estas últimas. Por lo tanto, si las acciones recibidas tuviesen un valor de mercado de ochenta euros, esa plusvalía de veinte euros, no se tendrá en cuenta a efectos fiscales por la aplicación del régimen de diferimiento fiscal objeto de estudio.

Por último, en la Ley de Impuesto sobre Sociedades se regula la situación en la cual el socio deja de ser residente en territorio español que, a según el artículo 80.1 LIS, es uno de los requisitos para que se pueda aplicar el régimen fiscal especial a los canjes de valores. Por lo tanto, ante el supuesto en el que el socio pierda esta condición de residente, a la luz del artículo 80.4 LIS, se deberá integrar en la base imponible del IRPF o del IS la diferencia entre el valor de mercado de los valores en cuestión y su valor en el patrimonio social de lo entregado. Aun así, si el socio adquiere la residencia de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado del EEE, podrá solicitar a la Administración Tributaria que se difiera el pago de la deuda tributaria a cuando se haga efectiva la transmisión de las acciones o participaciones (art 80.4 LIS). En el supuesto en el cual adquiriera la residencia de un Estado contenido en el EEE, este Estado deberá tener un acuerdo de efectiva información tributaria con España.

## **2.6 Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea**

En primer lugar, conviene exponer qué se entiende por domicilio social en la normativa nacional. Por remisión al artículo 8 LIS, una sociedad será residente en España, si en este territorio radica su domicilio social, si se ha constituido conforme a las leyes españolas, o si tiene la sede de dirección efectiva en España. En el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se define como: *“el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”*. Por lo tanto, el domicilio social no se puede fijar de manera arbitraria, sino que debe estar localizado, o bien en el lugar en el que esté el centro de su efectiva administración y dirección, o bien en el lugar donde se encuentre su principal establecimiento o explotación. Con el primer criterio, la ley se refiere al lugar donde radica su órgano de administración, es decir, donde radica el poder decisorio de la sociedad. Por otro lado, su principal establecimiento o explotación se refiere a la base física de la sociedad en el que se desarrolla en objeto social (Hau, 2019). Además, es preciso puntualizar, que el domicilio social coincidirá con el domicilio fiscal a tenor del artículo 8.2 LIS, siempre y cuando en el domicilio social esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

En relación con la aplicación del régimen fiscal especial, es decir, del régimen de neutralidad, estas operaciones se engloban en este régimen a través del artículo 76.7 LIS y el artículo 1 b) de la Directiva 2009/133/CE. A la luz del artículo 2 k) de la Directiva 2009/133/CE el traslado de domicilio social se entiende como: *“la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica”*.

Como se mencionó anteriormente, el traslado de domicilio social de una SE o una SEE, también se recoge en la normativa nacional en el artículo 76.7 LIS, que contiene la misma definición que se recoge en la Directiva 2009/133/CE. En este artículo se incluye este tipo de operaciones en la aplicación del régimen fiscal especial, para los bienes y derechos localizados en España que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. Por lo tanto, las transmisiones de bienes y derechos que surjan de estas operaciones, también se les aplicará el régimen fiscal especial.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**

Como ya se ha introducido, la característica principal sobre la que se basa el régimen fiscal especial de las operaciones de concentración es el beneficio que aporta este régimen, es decir, no se exigirá la tributación por las plusvalías en las transmisiones que se efectúen de bienes y derechos por razón de la reestructuración. En resumen, estos bienes mantendrán el valor que tenían en el patrimonio de la entidad transmitente. Los bienes no tendrán que tributar por esta plusvalía hasta que no se haga efectiva (Sentencia 20 de julio de 2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo).

Este régimen no pretende conceder esta exención a cualquier transmisión patrimonial efectuada entre entidades, sino que se debe haber realizado por razón de un interés económico válido y a través de una reestructuración empresarial. Este régimen no quiere otorgar un beneficio fiscal a estas operaciones, no obstante, sí quiere evitar que se obstaculicen por la aplicación del régimen general de la Ley de Impuesto sobre Sociedades y su consecuente coste. Por lo tanto, la consecuencia cuando hay un interés económico válido, es la aplicación de un régimen de neutralidad (Aniorte García, 2016).

## **4.1 Aspectos importantes del régimen del diferimiento**

Tras una exposición de la aplicación del régimen fiscal especial en general, conviene estudiar en qué consiste este diferimiento, y cómo afecta a estas operaciones de reestructuración y concentración

### **4.1.1 Entidad transmitente**

En el caso en el que se transmitan bienes y derechos, vamos a resaltar cómo funcionaría este diferimiento para la entidad transmitente. Hay que tener en cuenta, que se pueden transmitir, tanto elementos de activo, es decir, bienes, como también se pueden transmitir acciones y participaciones. Las rentas obtenidas por la entidad transmitente serán la diferencia entre el valor de adquisición del bien y el precio que ha obtenido por esta transmisión. La valoración de esta renta derivada de transmisiones patrimoniales, a lo que se denomina, en términos contables, como “beneficios extraordinarios”, pero también reciben el nombre de “plusvalías o minusvalías”, se recoge en el artículo 17.1 LIS, y se contabiliza como la diferencia entre el precio de adquisición de la entidad adquirente y el valor neto contable de la transmitente.

Sin embargo, con la aplicación del régimen fiscal especial, siempre y cuando se den las circunstancias que ya se han estudiado en otros epígrafes, estas rentas denominadas “plusvalías”, resultantes de estas transmisiones, no se tendrán que integrar en la Base Imponible del Impuesto sobre Sociedades. No obstante, esto ni implica que Hacienda no recaude los impuestos relativos a estas rentas, sino que se aplaza su recaudación a un momento posterior, cuando efectivamente la entidad adquirente transmita estos bienes o derechos (Arís Perelló, 2015).

Las rentas que no se integrarán en la Base Imponible del Impuesto sobre Sociedades se recogen en el artículo 77.1 LIS, y son las siguientes:

1. Las que surjan de las transmisiones que realizan entidades residentes en España respecto de aquellos bienes y derechos que se localicen en este territorio (art. 77.1 a) LIS).

2. Las que se manifiesten por razón de las transmisiones realizadas por una entidad residente en España, de sus establecimientos permanentes que se encuentren localizados en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre y cuando la transmisión se realice a otro Estado miembro y tendrá que revestir la forma de las operaciones de reestructuración y concentración contenidas en la Directiva 2009/133/CEE (art. 77.1 b) LIS).
3. Igualmente, en relación con el punto anterior, se incluyen las rentas derivadas de las transmisiones efectuadas por entidades residentes en España, de establecimientos permanentes situados, en este caso, en Estados que no son miembros de la UE, siempre y cuando se transmitan a entidades españolas (art. 77.1 c) LIS).
4. Las rentas que se pongan de manifiesto por causa de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en España, de establecimientos permanentes que se localicen en este territorio (art. 77.1 d) LIS).
5. Las rentas que surjan de las transmisiones efectuadas por entidades que no residan en territorio español, de las participaciones que tengan en entidades españolas, cuando la entidad adquirente sea de residente en ese mismo Estado o residente en la Unión Europea. En este último supuesto, es decir, cuando la adquirente sea una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea, tanto la transmitente como la adquirente deberá revestir la forma contenida en la normativa comunitaria (parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CEE), y tendrán que estar sujetas y no exentas a los tributos de la misma (parte B del anexo I de la Directiva 2009/133/CEE) (art. 77.1 e) LIS).

En relación con estos preceptos contenidos en el artículo 77.1 LIS, y también recogido en el mismo artículo, se reflejan unas reglas especiales respecto a estas transmisiones. A tenor de lo expuesto en los apartados 1 y 2, si la entidad adquirente es residente en el extranjero, las rentas que se podrán excluir de la base imponible serán aquellas que se deriven de los elementos afectados a un establecimiento permanente que se sitúe en territorio español. Por otro lado, respecto a los apartados 1, 3 y 4, si la entidad adquirente se hallare exenta del impuesto o sometida al régimen de imputación de rentas, no se excluirán estas rentas de la Base Imponible.

Respecto a la entidad transmitente, hay que considerar el supuesto en el cual, en una operación de fusión, esta tenga acciones o participaciones en la entidad adquirente. Para ello, hay que acudir al artículo 82.1 LIS, que recoge este supuesto, y determina que las rentas derivadas de estas operaciones tampoco se integrarán en la Base Imponible.

#### **4.1.2 Entidad adquirente**

En todas las operaciones de transmisión de bienes y derechos, hay una entidad adquirente, además de la entidad transmitente. Por lo tanto, conviene estudiar el contenido del régimen fiscal para la entidad que adquiere el bien o derecho, siempre y cuando la entidad no se haya negado a acogerse a este régimen.

Para conocer las valoraciones que debe realizar la entidad adquirente hay que acudir al artículo 78 LIS, que recoge que los bienes y derechos que la entidad adquirente reciba, por causa de las operaciones de concentración y reestructuración, se valorarán por el valor fiscal que tenían en la entidad transmitente con anterioridad a la operación. Esta valoración se entiende a efectos fiscales. Si la entidad decide no acogerse al régimen fiscal especial de diferimiento, mediante su renuncia, se le aplicarán las normas contenidas en el artículo 17 LIS (artículo 78.2 LIS). En este último caso, los bienes se valorarán por su valor de mercado.

Por lo tanto, como se puede observar por lo expuesto, este régimen de diferimiento supone la transmisión de la carga impositiva de las rentas que surgen de la operación a la entidad adquirente, que cuando realice una operación de transmisión de los bienes y derechos adquiridos, tendrá que tributar por estas diferencias de valor en concepto de rentas (Arís Perelló, 2015).

En la mayoría de estas operaciones de concentración y reestructuración, se aportan bienes, derechos, elementos patrimoniales o ramas de actividad, a cambio de participaciones en la entidad adquirente. Por lo tanto, hay que determinar cómo valorarán los estos sujetos las participaciones y acciones que adquieran. El artículo 79 LIS establece que, cuando surjan de la aportación de ramas de actividad o elementos patrimoniales, su valoración será la del valor fiscal de estos mismos, es decir, el valor fiscal que tengan las ramas de actividad o los elementos patrimoniales. De nuevo, si se renuncia a la aplicación del régimen, se valorarán conforme al artículo 17 LIS.

### **4.1.3 Subrogación en derechos y obligaciones de la entidad adquirente**

Dentro de las características que hay que tener en cuenta para aplicar el régimen de neutralidad, y en general, en todas las operaciones de transmisión de elementos, es que los bienes y derechos que se transmiten a la adquirente llevan aparejados unos derechos y unas obligaciones. Por lo tanto, cuando una entidad adquiere elementos patrimoniales, ramas de actividad, o incluso todo el patrimonio de una entidad, se deberá subrogar en todos los derechos y obligaciones tributarias de la transmitente, cuando estas transmisiones se efectúen a título universal (artículo 84.1 párrafo primero LIS). La subrogación en todos los derechos y obligaciones implica, entre otras obligaciones, la presentación de la declaración tributaria de la sociedad extinguida cuando sea necesario. Además, las sucesiones a título universal suelen proceder de las operaciones de fusión y escisión, ya sea total o parcial (Arís Perelló, 2015).

Sin embargo, si la transmisión no se realiza a título universal, no se subrogará en todos los derechos y obligaciones, sino tan solo en aquellos del elemento que se transmita (artículo 84.1 párrafo segundo LIS). Respecto a los derechos y obligaciones que se transmiten, son los mismos que los de a título universal, pero solo respecto a los bienes y derechos que se transmiten, no los de toda la entidad transmitente, ya que esta no se disuelve, sino que pervive. Este tipo de sucesiones se dan normalmente en las operaciones que consisten en aportaciones no dinerarias y canje de valores (Arís Perelló, 2015).

Además, hay que hacer mención del artículo 84.3 LIS, que establece un requisito adicional a esta subrogación. Este artículo reduce la subrogación de derechos y obligaciones de la adquirente tan solo a los derechos y obligaciones que han nacido conforme al derecho español.

### **4.1.4 Bases impositivas negativas**

Antes de analizar cómo se transmiten las bases impositivas negativas de la entidad transmitente a la adquirente, conviene entender cómo se compensan las bases impositivas negativas dentro de una entidad, es decir, sin tener en cuenta la transmisión. Para ello, hay que conocer los límites de dicha compensación y, para ello, se debe acudir al artículo 26.1 LIS, que establece un límite cuantitativo. Por lo tanto, a la luz del artículo anterior, las bases impositivas negativas se podrán compensar con las rentas positivas de los años siguientes, sin que se puede superar el 70% de la base impositiva anterior a la aplicación

de la reserva de capitalización de cada año. Sin embargo, siempre se podrán compensar hasta un millón de euros, aunque supere este límite cuantitativo del 70 %. Por lo tanto, una vez expuesto cómo funciona la compensación de bases imponibles negativas en una entidad, pasamos a estudiar qué sucederá con estas bases imponibles negativas cuando se transmiten a otra entidad por razón de las operaciones de concentración y reestructuración amparadas el capítulo VII del título VII de la LIS y en la Directiva 2009/133/CEE.

A la luz del artículo 84.2 LIS, las bases imponibles negativas se transmitirán desde la entidad transmitente hasta la adquirente. Sin embargo, para que se pueda producir esta transmisión, deberán concurrir ciertos aspectos. En primer lugar, la entidad transmitente deberá extinguirse ya que, si esto no ocurre, podrá seguir compensando ella misma estas bases imponibles negativas con sus rentas positivas (artículo 84.2 a) LIS). En segundo lugar, se podrán transmitir las bases imponibles negativas, si lo que se transmite es una rama de actividad con bases imponibles negativas. En este último supuesto, se podrán compensar y transmitir tan solo las bases imponibles negativas de dicha rama de actividad (artículo 84.2 b) LIS). Estos dos casos que se han expuesto operan en el supuesto en el cual ambas entidades sean independientes entre ellas.

En el último párrafo del artículo 84.2 LIS se recoge el supuesto en el cual ambas sociedades tengan relación, es decir, o bien la adquirente posea participaciones en la transmitente, o bien formen un grupo de sociedades entre ellas. La transmisión, en este caso, de las bases imponibles negativas que se podrán compensar se hará reduciendo de su importe la diferencia entre el valor de las aportaciones realizadas, es decir, de las participaciones que tengan los socios en la transmitente y su valor fiscal. Para poder comprender mejor este supuesto procederemos a exponer un ejemplo.

*Ejemplo: Imaginemos que la sociedad G posee el 100% de las participaciones de la entidad Y. A la vez, esta última tiene unas bases imponibles negativas por valor de 600 euros. El patrimonio social de la entidad Y es de 4000 euros, y las participaciones que tiene G en la misma fueron adquiridas por 3500 euros, que es el mismo valor que su valor fiscal. Por ello, el importe de bases imponibles negativas que se transmitirán de la entidad Y a la entidad G, en el caso de una fusión, sería el siguiente:*

- + Valor de la aportación que realizan los socios de Y: 4000 euros
- - Valor fiscal de las participaciones de G en la entidad Y: 3500 euros

- = Diferencia: 500 euros

*Por lo tanto, las bases imponibles negativas que se transmiten se verán reducidas en esta diferencia calculada. Si reducimos a 600 euros (bases imponibles negativas) la cantidad de 500 (diferencia), obtenemos la cantidad de 100 euros, que serán las bases imponibles negativas que en verdad se transmiten por la aplicación del artículo 84.2 LIS.*

#### **4.1.5 Deducción de gastos financieros**

Como cuando se expuso la compensación de bases imponibles negativas, conviene detallar el régimen general de la deducción de gastos financieros netos de una entidad, es decir, la deducción de la diferencia entre ingresos y gastos financieros. Para ello, hay que acudir al artículo 16 LIS que establece un límite cuantitativo a esta deducción. El límite será del 30% del beneficio operativo de ese periodo de la entidad de la que se trate, es decir, no se podrán deducir los gastos financieros netos que superen ese 30 %. Los periodos impositivos en los que no se alcance este 30%, la diferencia entre los gastos financieros y el 30% de los beneficios operativos se podrán acumular al límite del 30% de los periodos impositivos de los siguientes 5 años. Sin embargo, este límite del 30% no opera en el caso en el cual los gastos financieros netos sean de un millón de euros, que se podrán deducir sin problemas. A pesar de lo expuesto, cabe mencionar la nota publicada por la Agencia Tributaria el 3 de febrero de 2015 en la que aclaraba la limitación de los gastos financieros contenido en el artículo 16 LIS y la posibilidad de adicionarse al límite del 30%, la diferencia de los dos conceptos en los próximos 5 años de la siguiente manera: *“el límite del beneficio operativo es un límite acumulado compuesto por la suma del 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo y por la diferencia pendiente de los periodos impositivos anteriores (dentro de los 5 años); una vez superado dicho límite se admitiría en todo caso la deducibilidad de gastos financieros netos del periodo impositivo por 1 millón de euros”*. En cuanto al cálculo del beneficio operativo, que sirve de guía para establecer la deducción de los gastos financieros netos, hay que partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias y realizar determinadas eliminaciones a esta cifra, como la amortización, y sumar determinados conceptos, como los dividendos (Zugasti, 2016).

En relación con lo expuesto, para las operaciones de concentración y reestructuración a las que se les aplique el régimen fiscal especial, a tenor a lo dispuesto en el artículo 83

LIS existe una limitación adicional a esta deducción cuando los gastos financieros procedan de una deuda destinada a adquirir participaciones o acciones en el capital o fondos propios de una entidad. La razón de este artículo y la limitación adicional que contiene a la deducibilidad de los gastos financieros es evitar el apalancamiento por medio de la financiación de la entidad adquirida a la adquirente de la adquisición de sus propias participaciones (Arís Perelló, 2015).

Por lo tanto, en estos supuestos, la limitación supondrá una deducción no superior al 30% de los beneficios operativos. Sin embargo, dentro de estos beneficios operativos, no se incluirán los que procedan de la entidad con la que realice una operación de fusión en los cuatro años posteriores a la adquisición de la participación, siempre y cuando la operación de fusión esté acogida a la aplicación del régimen fiscal especial. En el segundo párrafo del artículo 83 LIS, se recoge la deducción posterior de los gastos financieros que no se hayan podido deducir por las limitaciones que se establecen en el primer párrafo del artículo 83 y el artículo 16.1 LIS. Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 83 LIS dispone que los que no se hayan podido deducir, se podrán deducir en los periodos impositivos posteriores, dentro de los límites de ambos artículos. Esta limitación se aplica para evitar que la actividad de la entidad adquirida soporte el gasto de su adquisición (Cano, 2017)

En el último párrafo del artículo 83 LIS, se recoge una excepción a esta limitación adicional. La excepción consiste en la no aplicación de la limitación cuando la deuda destinada a la adquisición representa menos de un 70% del precio de adquisición de las participaciones. La limitación no se aplicará en el periodo impositivo en el cual se realice la adquisición de las participaciones. También se puede excepcionar esta limitación en los próximos periodos si se produce una reducción de la deuda destinada a la adquisición anterior. Esta reducción deberá ser proporcional en un periodo de ocho años, hasta alcanzar el 30% de la misma.

#### **4.2 Aplicación del régimen fiscal especial a los socios**

El régimen fiscal que se aplicará a los socios, ya sean estas personas físicas o jurídicas, se contiene en el artículo 81 LIS. En particular, este artículo recoge las valoraciones de las rentas de los socios en las operaciones de fusión y escisión amparadas por este régimen, ya que, en estos supuestos, se produce un canje de acciones o participaciones.

Estos canjes hacen que afloren determinadas rentas por la diferencia entre el valor de las participaciones recibidas y de las entregadas. Por lo tanto, es el mismo régimen y recoge los mismos requisitos que los establecidos en el artículo 80 LIS para el canje de participaciones o acciones.

A estas rentas que afloran al entregar a los socios de la entidad transmitente valores representativos del capital de la entidad adquirente, se les aplicará el régimen de diferimiento de rentas, por lo que no tendrán que incluir estas rentas en las bases imponibles. Sin embargo, para que el socio pueda acogerse a este régimen de diferimiento deberá cumplir con alguno de los requisitos contenidos en el artículo 81.1 LIS:

1. Residir en territorio español
2. Residir en un Estado miembro de la UE
3. Residir en otro Estado cuando las participaciones o acciones representen el capital de una entidad residente en España.
4. Cuando el socio sea una entidad en régimen de atribución de rentas, también podrá aplicar el diferimiento si la operación se engloba en las amparadas por la Directiva 2009/133/CE.

Cabe puntualizar que estos requisitos se establecen para cada uno de los socios, es decir, que un socio puede estar amparado por el régimen de diferimiento, y otro no (Arís Perelló, 2015).

En resumen, para no repetir lo dispuesto en el canje de valores, la valoración de las participaciones y acciones recibidas se hará por el valor fiscal de los elementos entregados, que se podrá aumentar o disminuir si se ha realizado alguna compensación en dinero (artículo 81.2 LIS). Además, si el socio deja de ser residente en España, deberá tributar por estas rentas en el periodo impositivo en el que pierda esta cualidad, es decir, deberá tributar por la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y participaciones en el momento en el que pierde la residencia, y su valor fiscal registrado, a no ser que estos valores estén afectos a un establecimiento permanente en España (artículo 81.3 LIS). Por último, no se aplicará este régimen de diferimiento de rentas a las operaciones en las cuales intervengan entidades que tengan su domicilio o estén establecidas en paraísos fiscales (artículo 81.4 LIS).

En relación con la normativa comunitaria en este aspecto, hay que acudir a los apartados primero y segundo del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE, que establece el diferimiento de las rentas, beneficios y plusvalías del socio participante en las operaciones

de fusiones, escisiones y canje de valores. Sin embargo, el apartado 6 del mismo artículo, vuelve a recordar que el régimen de diferimiento no supone la no tributación, sino que se pospone a un momento ulterior.

## **5. NORMATIVA EUROPEA DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS**

Dentro del derecho primario comunitario se encuentra el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Uno de los principales objetivos de este Tratado consiste en asegurar el mercado interior y regular su política de competencia. Para ello, en sus artículos 101 a 109, recoge la prohibición de los acuerdos entre empresas contrarios a la libre competencia (TFUE). El órgano europeo encargado de controlar este tipo de concentraciones de empresas es la Comisión Europea. El Derecho derivado sobre el control de estas concentraciones se encuentra recogido principalmente en el Reglamento n.º 139/2004.

Para asegurar el mercado interior y perfeccionar el control que realiza la Comisión Europea, se dictó la Directiva 90/434/CEE del Consejo, que como se ha repetido en diversas ocasiones, se traspuso al ordenamiento español interno, y actualmente ha sido sustituida por la Directiva 2009/133/CE. Estas directivas, que han sido objeto de múltiples reformas, señalan el régimen fiscal especial común aplicable a estas operaciones entre Estados miembros.

En este epígrafe, dentro de sus diversos apartados, se va a realizar una exposición de los principales cambios que la normativa europea ha realizado a nivel interno, y cómo esto afecta a las concentraciones de empresas. Hay ciertos conceptos y características de este régimen especial común, que son objeto de estudio especializado, a tenor a su especial regulación que la Unión Europea ha desarrollado. En todos los temas que se traten, siempre se va a tener en cuenta la regulación que el Estado Español realiza. Esta regulación deberá ser coherente con la de la Unión Europea en la que se halla inmerso.

## 5.1 Comunicación del régimen fiscal especial

Antes de la entrada en vigor de la ley 27/2014 del 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades, el régimen fiscal especial de neutralidad fiscal se aplicaba si lo solicitaba la empresa de manera expresa a través del cumplimiento de determinadas formalidades. Las formalidades eran la opción, ya que era un régimen que se aplicaba de manera opcional a instancia de parte, y la comunicación, que debía dirigirse al Ministerio de Economía y Hacienda, órgano que en la actualidad es el Ministerio de Hacienda (García-Olías Jiménez, 2018).

Tras varias sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se oponían reiteradamente a la existencia de estas formalidades, se optó por la aplicación automática del régimen fiscal especial para las operaciones englobadas en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de la oposición expresa (LIS).

La ley 29/1991 del 16 de diciembre, que traspuso la Directiva 90/434/CEE, establecía en su artículo 16.1 que, el régimen fiscal de neutralidad en este tipo de operaciones se aplicaría a instancia de parte, comunicándose al Ministerio de Economía y Hacienda, antes de realizar la operación (Ley 29/1991). Por lo tanto, era un régimen de aplicación opcional. El Tribunal Supremo dictaminó en varias sentencias, como la del 13 de enero de 2011, que la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda suponía un claro obstáculo contrario a la Directiva 90/44/CEE del Consejo (Sentencia del Tribunal Supremo 13 de enero de 2011).

Más adelante, con la aprobación de la ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, la aplicación del régimen especial requería las mismas formalidades que la ley 29/1991. (García-Olías Jiménez, 2018). En su artículo 110.1 se recogían las dos formalidades, la opcionalidad del régimen a instancia del sujeto pasivo y su comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda. La comunicación se debía realizar con anterioridad a la inscripción en escritura pública de la operación de reestructuración (Ley 43/1995). Esta ley fue modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que establecía la necesidad de formalizar la opción y determinaba quiénes debían comunicarla. Estas reglas eran las siguientes:

- En los proyectos y en los acuerdos sociales de fusión y escisión se debía incluir la opción, cuando las entidades transmitentes y adquirentes tuviesen su residencia habitual en España. En caso de no tenerla, la opción se ejercitaría por la adquirente en la escritura pública donde se documentase la transmisión (artículo 2 Ley 14/2000).
- Cuando se trataba de aportaciones no dinerarias, la opción, ejercida por la entidad adquirente, debía constar en el acuerdo social o escritura pública en la que se documentase el acto. Si la adquirente no tenía residencia fiscal, o un establecimiento permanente, en España, la opción la debía ejercitar la transmitente (artículo 2 Ley 14/2000).
- Por último, cuando se trata de canje de valores, la adquirente deberá ejercitar la opción en el acuerdo social o en la escritura pública en el que se documente el acto. Por otro lado, en ofertas públicas de adquisición de acciones la opción se ejercerá por el órgano social competente para promover la operación (artículo 2 Ley 14/2000).

El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 96, contenía unas formalidades similares a las de la Ley 14/2000 con respecto al ejercicio de la opción (TRLIS). Por lo tanto, seguía el debate en torno a los obstáculos que podían suponer el cumplimiento de estas reglas. En relación con la línea de pensamiento que fue señalando la Audiencia Nacional con sus diversas sentencias, la Directiva 90/434/CEE del Consejo garantizaba un derecho incondicional que, por las formalidades recogidas en la ley nacional, podía ser mermado, en el supuesto que se incumplieran sin concurrir fraude de ley o evasión fiscal (García-Olías Jiménez, 2018).

Por todo lo expuesto, la actual Ley 27/2014 del IS, en su artículo 89, recoge la aplicación general del régimen fiscal especial en las operaciones de reestructuración, siempre y cuando no haya un rechazo expreso ante la Administración Tributaria. Ya no es un régimen opcional, sino que su aplicación es automática. La comunicación sigue existiendo, para que la Administración Tributaria pueda realizar un seguimiento de la operación, a pesar de que no sea necesaria para la aplicación del régimen especial. Si no se presenta la comunicación en el plazo establecido, se impone una sanción grave al sujeto encargado de la comunicación. La comunicación la debe realizar la empresa adquirente,

salvo que no sea residente, en cuyo caso lo hará la transmitente. Si ninguna de las entidades es residente en España, la comunicación la realizarán los socios. (García-Olías Jiménez, 2018)

## **5.2 Operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal**

El régimen fiscal especial no ampara actuaciones que tengan como objetivo el fraude o la evasión fiscal. En el mundo globalizado en el que operan las empresas, la legislación de la Unión Europea ha marcado el desarrollo de la normativa nacional. Se han impulsado medidas tendentes a adaptar nuestro derecho a la normativa europea y a luchar contra el fraude, tanto a nivel interno, como a nivel internacional. En este ámbito, juega un importante papel la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que sirve de análisis del fraude fiscal internacional (Calvo Vérguez, 2015).

La antigua ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 110, contenía la lucha contra el fraude fiscal con la aplicación de régimen fiscal especial, donde si la administración encargada de comprobar su aplicación advertía indicios de fraude o evasión fiscal, determinaría la pérdida del derecho a este régimen (art 110 Ley 43/1995).

Como se mencionó en el epígrafe anterior, la Directiva Europea 90/434/CEE tenía como fin evitar una imposición negativa a las operaciones de fusión y escisiones, dado que son necesarias para la reorganización de las empresas a todos los niveles. Se pretendía que estas reorganizaciones respondiesen a motivos económicos, de productividad, competitividad, reducción de costes y penetración en nuevos mercados, y que la fiscalidad no les supusiera un obstáculo para tomar las decisiones pertinentes (Directiva 90/434/CEE). Sin embargo, el espíritu de esta directiva no amparaba a las empresas que pretendieran utilizar el régimen fiscal especial con fraude o evasión. Por ello, en esta misma directiva, se estableció en su artículo 11, que un Estado miembro podía denegar la aplicación del régimen o los beneficios que se incluyen, si las operaciones de reestructuración y concentración de las empresas que solicitan su aplicación tuviesen como principal objetivo el fraude o evasión fiscal (Directiva 90/434/CEE). Por lo tanto, la normativa europea no amparaba el régimen de neutralidad fiscal en estos supuestos. Además, el hecho de que las operaciones no se realizaran por motivos económicos válidos, conllevaba a una presunción de fraude. Por lo tanto, el principal objetivo de esta norma era eliminar los obstáculos y barreras que algunos impuestos causan en las

operaciones de reestructuración, para impulsar estas concentraciones y crear un mercado común competitivo y efectivo, sin desventajas que pudiesen surgir en los diferentes Estados miembros.

En cuanto al derecho estatal español, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, traspuso esta directiva estableciendo que la administración, cuando realizara la comprobación pertinente, podría determinar que la operación realizada se había hecho con fines ajenos al espíritu de la norma y, por lo tanto, con fines de fraude o evasión fiscal (Ley 29/1991). En este supuesto se retiraría el derecho que emanaba de estas leyes de neutralidad fiscal, y se impondría unas sanciones e intereses de demora. Más adelante, la Ley 43/1995, que vino a sustituir la antigua legislación, incluyó en su artículo 110.2 el fraude de ley con las mismas características, aunque en esta regulación, no se incluyó la posibilidad de establecer sanciones (Ley 43/1995).

Por lo tanto, el criterio empleado para determinar la existencia de fraude o evasión fiscal es comprobar que las operaciones de reestructuración no se hayan realizado por motivos económicos válidos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declaró en su Sentencia del 17 de julio de 1997, qué entendía por este concepto, y señaló que por motivos económicos válidos no se podía entender una mera ventaja fiscal, sino que el concepto era más amplio, como la reestructuración o racionalización de las actividades (Sentencia TJUE de 17 de julio de 1997). La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, incorporó esta definición en su artículo 110, al igual que la antigua Ley TRLIS. Por las mismas razones, una fusión de dos empresas, que se hiciese con objetivo de compensar las bases imponibles negativas entre las entidades, tampoco se podría considerar un motivo económico válido, por lo que no cabría la aplicación del régimen fiscal especial. (Calvo Vérguez, 2015).

La ley que está vigente del Impuesto sobre Sociedades es la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, que en su artículo 89 recoge el fraude y evasión fiscal de este tipo de operaciones, es decir, las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social (LIS). Este artículo sigue la misma línea que la legislación anterior, determinando que habrá fraude o evasión fiscal cuando la operación no se realice por razón de los motivos económicos válidos, y tenga como único objetivo evitar la imposición con la aplicación del régimen fiscal especial (LIS).

Para que exista fraude o evasión fiscal, deben concurrir un elemento objetivo, el fraude, y un elemento subjetivo, la intención de realizar la operación de fusión, escisión, canje de valores y aportaciones dinerarias, con el único objetivo de evadirse fiscalmente. Aunque la definición de fraude y evasión no se contenga en la ley, debe ser interpretado por la administración a la luz de los hechos que observe. Para ello, deberá observar si con la operación se han pagado menos impuestos que los que debería haber satisfecho en el caso de no realizarse esta. En consecuencia, debe determinar si con la actuación realizada por una o varias empresas, lo que se pretendía era evitar encajar en el hecho imponible que determinaba la imposición del impuesto o la minoración de la base objeto de tributación (Calvo Vérguez, 2015).

La comprobación de la existencia de una conducta fraudulenta por parte del sujeto pasivo corresponde a la Administración. Por ello, conviene recalcar la doctrina que ha seguido para determinar su aplicación. Además de todas las razones que se han ido desarrollando en este epígrafe, dentro de los motivos económicos válidos, están los que responden a razones de burocracia, las simplificaciones tanto fiscales como mercantiles, mejorar la estructura financiera de la empresa, centralizar la producción para así lograr economías de escala, acceder a nuevos mercados y responder mejor a las demandas de los consumidores, unificar canales de distribución, facilitar la racionalización de la estructura de la empresa, aumentar la rentabilidad de los socios, mejorar la estructura de filiales, optimizar los recursos propios...etc. El Tribunal Económico Administrativo Central, ha determinado además los supuestos en los que no hay motivo económico válido, como es el caso de la absorción de una entidad inactiva, por la mera reducción de costes, por lo que no existe una reestructuración empresarial si no hay una actividad económica en una de las empresas que participan. Tampoco se considera motivo económico válido la fusión derivada de las pérdidas que ha obtenido una de las entidades, con el objetivo de conseguir ahorrarse fiscalmente lo que no se podría deducir con una compra de acciones (Calvo Vérguez, 2015).

## **6. LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS**

Este trabajo versa sobre el régimen fiscal de las concentraciones de empresas, que como se mencionó en un principio, si acudimos al artículo 3 del Reglamento 139/2004 del Consejo, dentro de las operaciones de concentración, además de las fusiones y adquisiciones de activo, se incluyen las adquisiciones de participaciones o activos que otorgan a la adquirente de esta, control en la otra entidad. Aunque, el tronco principal del trabajo son las operaciones de concentración relacionadas con la fusión, escisión y otras operaciones, hay que considerar, tanto desde una perspectiva comunitaria, como desde la perspectiva de nuestro derecho interno, algunas peculiaridades fiscales relevantes en estas adquisiciones de participaciones, acciones o activos.

### **6.1 Características fiscales**

Cuando se realizan adquisiciones de valores o activos de otras entidades, se deben estudiar con detalle los gravámenes que se van a tener que soportar para determinar la viabilidad de la operación (Arís Perelló, 2015).

La entidad que realiza una venta de sus acciones o participaciones o de sus activos recibirá una renta que consistirá en la diferencia entre el precio adquirido y lo que le costó adquirirlas que se considerará un beneficio extraordinario y tributará conforme al artículo 17.1 LIS. En artículo 17.4 LIS y 17.5 LIS recogen que la entidad que transfiera elementos de su patrimonio registrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado y su valor fiscal.

Por otro lado, en el caso en el que se realice una permuta de activos o de acciones o participaciones, siendo este último un supuesto un canje, la renta que se deberá integrar en la base imponible será la diferencia entre el valor de mercado de lo entregado, y el valor fiscal de lo recibido (segundo párrafo artículo 17.5 LIS)

### **6.2 Amortización fiscal del fondo de comercio**

Cuando una empresa realiza una operación de adquisición de otra, mediante la compra de la mayoría de las participaciones o acciones de esta última, tendrá que considerar la

tributación futura del fondo de comercio que se puede crear por esta adquisición (Arís Perelló, 2015).

El fondo de comercio se considera un bien intangible, que otorga a una empresa la capacidad de generar beneficios, entre lo que se encuentra el prestigio, la marca, la experiencia, el *know how* y la reputación de la empresa (BBVA , 2017).

Desde una perspectiva financiera, el fondo de comercio, no se puede observar en los estados financieros de una empresa, ya que es la diferencia entre el precio de adquisición de una acción y el valor que figura de esta en el patrimonio neto. El fondo de comercio será explícito si esta diferencia surge de la compra de activos de la empresa, y no de la compra de sus activos financieros, es decir, de sus acciones o participaciones. En conclusión, el fondo de comercio financiero surge de las diferencias entre precio de adquisición de una participación y el valor proporcional de esta en el patrimonio neto, mientras que el fondo de comercio explícito surge de la compra de activos u otros negocios similares (Celaya Acordarrementería & Urriticoechea Uriarte, 2011).

El tratamiento contable y fiscal que debe darse al fondo de comercio es diferente. En primer lugar, desde una perspectiva contable, y teniendo en cuenta el Plan General Contable Actual que entró en vigor en nuestro país a través del Real Decreto 1514/2007, el fondo de comercio es un elemento de valoración de los instrumentos financieros. Con anterioridad a este Plan General Contable, es decir, con el Plan General de 1990, el fondo de comercio era un elemento del inmovilizado intangible cuya amortización se calculaba a partir de una vida útil máxima de diez años, mientras que su amortización fiscal era del cinco por ciento, dando lugar a un impuesto anticipado (Colegio de Economistas de Cataluña , 2017). Con la entrada en vigor del nuevo Plan General Contable en 2007, el fondo de comercio se convirtió en un elemento intangible no amortizable, a la vez que desaparece la deducción fiscal por este elemento. Sin embargo, se seguía manteniendo su deterioro y su correspondiente deducibilidad (ilp Abogados , 2017).

Con la entrada en vigor de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, se modificaron algunas disposiciones del Código de Comercio y de la LIS. Esta ley modifica el art. 39.4 del Código de Comercio, para eliminar la distinción entre bienes intangibles de amortización definida e indefinida. Por lo tanto, el fondo de comercio vuelve a pasar a determinarse, a partir del 1 de enero de 2016, como un bien intangible con amortización

definida con una vida útil de diez años, salvo que se estime otra vida útil diferente. En consecuencia, los diez años se consideraba una presunción iuris tantum ante la ausencia de prueba en contrario. Esto se aplicaría en los fondos de comercio que surgían de negocios de concentración de empresas (Colegio de Economistas de Cataluña , 2017).

Como se ha mencionado anteriormente, la Ley 22/2015 también modificó disposiciones de la LIS. En particular, se modificó el artículo 12.2 LIS, cuya nueva redacción determinaba la amortización del fondo de comercio según su vida útil, que en el caso en que no se pudiese estimar sería de una veintava parte de su importe, es decir, un 5% (art 12.2 LIS).

Como resumen, tras la reforma realizada por la Ley 22/2015, que afectaba a los negocios realizados a partir del 1 de enero de 2016, la amortización contable sería de diez años de vida útil y la amortización fiscal sería de una veintava parte, es decir, un 5 % (Huéscar, 2016).

El fondo de comercio financiero, en la legislación española, fue regulado por primera vez en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Se recogía en su artículo 12.5 TRLIS y se definía como la diferencia entre el valor de adquisición de una acción o participación y su valor contable en el momento de adquisición. En este mismo artículo, se preveía una deducción del fondo de comercio, con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe. Esta adquisición de acciones o participaciones se realizaría del patrimonio de una entidad no residente (TRLIS).

Para poder aplicar esta deducción se debía tener un porcentaje de participación en los fondos propios de la otra entidad de un cinco por ciento como mínimo, y una posesión de al menos un año. Además, la entidad no residente, de la que adquiriría la participación, debía estar gravada por un impuesto extranjero análogo al impuesto sobre sociedades. Por otro lado, los beneficios debían ser consecuencia de la realización de actividades empresariales en el extranjero (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras , 2014) (art. 21 TRLIS).

En el marco de la legislación de la TRLIS, la normativa europea ha ido resolviendo aspectos del artículo 12.5 TRLIS, para determinar su compatibilidad con la misma. En este sentido, la Decisión de la Comisión Europea del 28 de octubre de 2009 estableció

que la amortización del fondo de comercio de sociedades no residentes, contenida en la TRLIS, se consideraba una ayuda de Estado que resultaba incompatible con el mercado común europeo y con su normativa (Celaya Acordarrementería & Urriticoechea Uriarte, 2011). Según el TJUE, para que una medida sea considerada ayuda de Estado, debe tratarse de un tratamiento ventajoso, en el que se empleen recursos públicos, se favorezca a determinadas empresas o actividades, se produzca una amenaza de falseamiento o falseamiento de la competencia y se deteriore el comercio entre los Estados miembros (Sentencia del Tribunal Supremo nº157/2017, 2 de febrero de 2017). La Comisión consideró que los sujetos beneficiarios del régimen español tenían una ventaja frente al resto, al permitirse realizar deducciones en relación con la adquisición de participaciones en empresas no residentes, sin que las adquisiciones realizadas de participaciones en empresas residentes tuviesen esta ventaja. Además, esta ventaja se consideraba selectiva ya que solo permitía realizar la deducción a las empresas que tuviesen por lo menos un cinco por ciento de participación en la empresa no residente. Esta Decisión tomada por el órgano de la Unión Europea, se limitaba a las adquisiciones realizadas dentro del territorio de la Unión Europea. (Decisión de la Comisión de 15 de octubre 2014).

Más adelante, para las adquisiciones realizadas fuera de la Unión Europea, la Comisión Europea dictó una segunda decisión, que es la Decisión del 12 de enero de 2011, donde volvió a determinar que la amortización del fondo de comercio que surgía de la adquisición de participaciones en entidades residentes fuera de la Unión Europea, también se consideraba una ayuda de Estado y, por lo tanto, era contraria a la normativa europea (Decisión de la Comisión del 12 de enero de 2011).

Tras las dos decisiones de la Comisión, la administración española, y en particular, la Dirección General de Tributos, realizó una nueva interpretación del artículo 12.5 TRLIS. En esta interpretación se amplió el ámbito de aplicación del artículo a las adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades holdings extranjeras. Con anterioridad a esta interpretación, solo se permitía la deducibilidad fiscal en los supuestos de adquisiciones directas. Cabe especificar, que las sociedades holdings, tienen como principal activo y función la tenencia de acciones de otras sociedades, por lo que no se pueden considerar sociedades operativas, es decir, no realizan una actividad económica. A tenor de esta nueva interpretación, se publicó una nueva decisión, la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014. En esta Decisión se recogió la ilegalidad de esta interpretación realizada

por el Reino de España al vulnerar el artículo 108.3 del TFUE y ser incompatible con el mercado interior (Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014). El artículo 108.3 del TFUE recoge la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de informar a la Comisión de los proyectos que tengan como objetivo modificar o conceder una ayuda de Estado, para que esta pueda mostrar sus observaciones (art. 108.3 TFUE).

El 7 de noviembre de 2014 el TGUE dictó dos sentencias que cambiaron la perspectiva de las Decisiones dictadas por la Comisión, por la petición que realizaron a este órgano varias empresas españolas. Estas sentencias son la Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre del 2014, asunto T-219/10, y la Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre del 2014, asunto T-399/11. En estas resoluciones, se estableció que las excepciones del Estado Español al régimen fiscal especial, no se dirigía a una sección selectiva de empresas, si no que estaba dirigido a cualquier operador económico al tratarse de una medida abierta y que, por lo tanto, no se consideraba un ayuda de Estado. En conclusión, no era contrario al derecho de la Unión Europea (Gomez Acebo & Pombo , 2014). Sin embargo, la Comisión recurrió la sentencia ante el TJUE, que volvió a dictar a favor de las decisiones de la Comisión, con fecha de 15 de noviembre de 2018, anulando las sentencias del TGUE, al considerar que, efectivamente, era una medida selectiva a ciertos operadores, por lo que se debía apreciar como ayuda de Estado contraria al mercado interior de la Unión Europea (Instituto de Estudios Bursátiles , 2018).

Como se estableció en la primera parte del epígrafe en el que nos encontramos, en la actualidad, la deducibilidad del fondo de comercio se encuentra regulado en los artículos 12 y 13 de la LIS, que sufrió ciertas modificaciones con la Ley de Auditorías 22/2015. Por lo tanto, con la nueva normativa, el fondo de comercio se puede deducir fiscalmente, mediante su amortización, con el límite máximo anual del cinco por ciento. Esto ocurrirá de la misma forma con otros inmovilizados intangibles de los que no se pueda deducir su vida útil (KPMG Abogados , 2015).

## 7. CONCLUSIONES

El objetivo principal del trabajo que se ha expuesto es realizar un análisis de las operaciones de concentración de las empresas y su tributación en el Impuesto sobre Sociedades. Por razón del mercado competitivo en el que nos hallamos sumergidos, de la libertad de empresa salvaguardada por nuestra constitución, y por la globalización del mercado actual, las empresas realizan múltiples operaciones de concentración y reestructuración. Estas operaciones, ya no solo se limitan a las que se efectúan en el interior de España, sino que se han extendido a operaciones entre diversos países.

Las concentraciones y reestructuraciones entre compañías son muy diversas, aunque a la vez, estén muy relacionadas entre sí. Por ello, es difícil realizar un estudio detallado de todas las operaciones que se incluyen en la definición de concentración. Sin embargo, en el estudio realizado se ha querido plasmar las características generales de todas las operaciones que se puedan estudiar, aunque no se haya entrado a analizar con mucho detalle cada una de ellas, ya que el estudio y exposición de cada una, supondría el desarrollo de trabajos enteros.

Como se ha intentado exponer, existe un régimen fiscal especial que se aplica a algunas de estas concentraciones empresariales, cuyo objetivo principal es no perjudicar a las empresas que quieren llevar a cabo estas operaciones de reestructuración, siempre y cuando las lleven a cabo por motivos económicos que se consideren como válidos. Por lo tanto, lo que se pretende es evitar que, por causa de la tributación que correspondería en situaciones normales, las empresas dejen de realizar estas operaciones tan relevantes y esenciales en el mercado actual.

El régimen fiscal especial, no solo está comprendido en la normativa interna, sino que tiene una amplia regulación comunitaria, que debe tenerse en cuenta, ya que la primera debe respetar y acomodarse a la segunda. Además, las concentraciones, no solo se limitan a operaciones internas, ya que las operaciones de concentración entre empresas residentes en diferentes Estados miembros de la Unión Europea no dejan de crecer.

Por lo tanto, se ha querido exponer el régimen fiscal de las concentraciones empresariales desde la perspectiva del Impuesto sobre Sociedades, pero también desde la perspectiva de la normativa comunitaria, que cada vez es más relevante y abundante.

No se ha querido obviar las operaciones que no se acogen a este régimen, ya sea porque no le es aplicable, o porque ha renunciado a su aplicación. Por ello, se ha analizado el régimen general y el fondo de comercio que aparece en este tipo de operaciones.

Como última conclusión, cabe puntualizar que el régimen fiscal especial, no supone una exención a la tributación de ciertas rentas para incentivar estas operaciones, sino que se pretende no perjudicar y diluir las mismas, mediante la ulterior tributación. Por ello, a este régimen se le conoce como un régimen neutral, ya que no pretende beneficiar, pero tampoco perjudicar.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

### **Jurisprudencia**

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V5238/2016, de 13 de diciembre de 2016

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V2572/2016, de 10 de junio de 2016

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0470-2016, de 8 de febrero de 2016

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0256/2017, de 17 de febrero de 2017

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V1678/2018, de 13 de junio de 2018

Resolución 3569/2011 del 20 de julio 2014 de Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo)

Resolución 157/2017 del 2 de febrero 2017 de Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de julio de 1997

Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España.

Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero del 2011 relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras.

Decisión 2015/314/UE de la Comisión de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal ejecutada por España del régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras.

Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 7 de noviembre del 2014, asunto T-219/10

Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 7 de noviembre del 2014, asunto T-399/11

Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 15 de noviembre de 2018, asunto T-239/11

### **Legislación**

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.

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 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas

Directiva 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 (90 /434/CEE)

Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro

Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

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

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

### **Libros, Revistas y recursos de internet**

Aniorte García, I. (2016). 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* , 1-21.

Arís Perelló, A. (2015). *La fiscalidad de fusiones y adquisiciones de empresas*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.

BBVA . (24 de noviembre de 2017). *¿Qué es el fondo de comercio?* Obtenido de ¿Qué es el fondo de comercio?: <https://www.bbva.com/es/que-es-el-fondo-de-comercio/>

Bolívar Gacitúa, N. (2013). *Las concentraciones de empresas: regulacion y criterios de decision de los organos de la Unión Europea*. Salamanca.

Calvo Vérguez, J. (2015). La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. *La Gaceta Tributaria del Pais Vasco*, 155-188.

Cano, J. (2017). Limitaciones de la deducibilidad de los gastos financieros en el IS . *Lefebvre el Derecho* , 46-51.

Celaya Acordarrementería, I., & Urriticoechea Uriarte, M. (2011). El fondo de comercio financiero desde una perspectiva fiscal . *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* , 98-102.

Colegio de Economistas de Cataluña . (15 de febrero de 2017). *Nuevo tratamiento contable y fiscal del fondo de comercio a partir del 2016*. Obtenido de Nuevo tratamiento contable y fiscal del fondo de comercio a partir del 2016: <https://www.fiscalistescec.cat/2017/02/15/nuevo-tratamiento-contable-y-fiscal-del-fondo-de-comercio-a-partir-del-2016/>

García-Olías Jiménez, C. (2018). La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* , 47-54.

- Gomez Acebo & Pombo . (2014). Amortización fiscal del fondo de comercio financiero. *Spanish tax alert*, 1-2.
- Gómez-Acebo & Pombo. (2014). *Régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial* . Madrid .
- Hau, A. (1 de abril de 2019). *Cambio de domicilio social de las sociedades mercantiles*. Obtenido de Cambio de domicilio social de las sociedades mercantiles: <https://www.ineaf.es/tribuna/cambio-de-domicilio-social-de-las-sociedades-mercantiles/>
- Huéscar, A. (2016). *Amortización contable y fiscal del fondo de comercio* . Obtenido de Amortización contable y fiscal del fondo de comercio : [http://www.roedl.net/es/es/blog/blog\\_area\\_fiscal/2016\\_amortizacion\\_contable\\_y\\_fiscal\\_del\\_fondo\\_de\\_comercio.html](http://www.roedl.net/es/es/blog/blog_area_fiscal/2016_amortizacion_contable_y_fiscal_del_fondo_de_comercio.html)
- Ilp Abogados . (16 de octubre de 2017). *La amortización del Fondo de Comercio*. Obtenido de La amortización del Fondo de Comercio : <https://www.ilpabogados.com/la-amortizacion-del-fondo-comercio-2017/>
- Instituto de Estudios Bursátiles . (19 de noviembre de 2018). *La amortización del fondo de comercio pierde la batalla en Bruselas*. Obtenido de La amortización del fondo de comercio pierde la batalla en Bruselas: <https://www.ieb.es/amortizacion-fondo-comercio-pierde-batalla-bruselas/>
- KPMG Abogados . (4 de septiembre de 2015). *Nuevo tratamiento fiscal de los intangibles y fondos de comercio en el Impuesto sobre Sociedades tras la nueva Ley de Auditoría*. Obtenido de Nuevo tratamiento fiscal de los intangibles y fondos de comercio en el Impuesto sobre Sociedades tras la nueva Ley de Auditoría: <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/10/tax-alert-nueva-auditoria-cuentas.pdf>
- López Tello, J., & Cremades Schulz, M. (2010). El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión, y cesión global de activo y pasivo . *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* , 46-60.
- López, P. (24 de octubre de 2019). *¿Aplicamos Correctamente el Régimen Fiscal Especial en Supuestos de Reestructuración Empresarial?* Obtenido de ¿Aplicamos Correctamente el Régimen Fiscal Especial en Supuestos de Reestructuración Empresarial?: <http://pascuallopez.blogcanalprofesional.es/aplicamos-correctamente-el-regimen-fiscal-especial-en-supuestos-de-reestructuracion-empresarial-casos-de-aplicacion-practica/>
- Parlamento Europeo . (Abril de 2019). *Fichas temáticas sobre la Unión Europea* . Obtenido de Fichas temáticas sobre la Unión Europea : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/82/la-politica-de-competencia>

Viera Álvarez, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva social . *RJUAM*, 197-224.

Zugasti, J. (15 de Septiembre de 2016). *Zugasti Abogados: La deducción de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades* . Obtenido de Zugasti Abogados: La deducción de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades : <https://zugastiabogados.es/la-deducccion-de-los-gastos-financieros-en-el-impuesto-sobre-sociedades/>