



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE
LAS REESTRUCTURACIONES
EMPRESARIALES: REQUISITOS Y
PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN**

Autor: Jaime Esteban Ahijado

5º E-3 A

Área de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: María Pilar Navau Martínez-Val

Madrid

Abril de 2021

RESUMEN

El régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales, regulado en la Ley del Impuesto sobre Sociedades como transposición de la Directiva 2009/133/CE, es aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, establece un régimen de diferimiento de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, evitando así el gravamen inmediato de dichas plusvalías, pero garantizando su tributación posterior.

Para la aplicación del régimen fiscal especial deben concurrir dos requisitos, establecidos en el artículo 77 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el de tributación y el de territorialidad.

Este régimen se enfrenta a numerosos problemas en su aplicación, debido a la difícil interpretación de alguno de los términos y conceptos jurídicos expuestos en la propia ley, como el concepto de los motivos económicos válidos y el de unidad económica autónoma, que ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte de la jurisprudencia.

Palabras clave: régimen fiscal especial, operaciones de reestructuración, IRPF, motivos económicos válidos, unidad económica autónoma, territorialidad

ABSTRACT

The special tax regime for corporate restructurings, regulated in the Corporate Income Tax Law as a transposition of Directive 2009/133/EC, is applicable to mergers, spin-offs, partial spin-offs, asset contributions and share exchanges carried out between companies of different Member States, and establishes a regime of deferral of the taxation of capital gains corresponding to the assets contributed, thus avoiding the immediate taxation of such capital gains, but guaranteeing their subsequent taxation.

For the application of the special tax regime, two requirements must be met, as established in article 77 of the Corporate Income Tax Law, taxation and territoriality.

This regime faces numerous problems in its application, due to the difficult interpretation of some of the terms and legal concepts set forth in the law itself, such as the concept of valid economic reasons and the concept of autonomous economic unit, which has given rise to various interpretations by case law.

Keywords: special tax regime, restructuring operations, personal income tax, valid economic reasons, autonomous economic unit, territoriality

ABREVIATURAS

DGT	Dirección General de Tributos
EEE	Espacio Económico Europeo
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Nº	Número
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
P. (p.)	Página (s)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
II.	CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES	10
III.	CAPÍTULO I: OPERACIONES AMPARADAS EN EL RÉGIMEN	13
1.	FUSIONES.....	14
2.	ESCISIÓN.....	16
3.	APORTACIÓN NO DINERARIA DE RAMA DE ACTIVIDAD	19
IV.	CAPÍTULO II: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN	21
1.	TRIBUTACIÓN EFECTIVA EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES	22
2.	TERRITORIALIDAD.....	24
V.	CAPÍTULO III: PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL REGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES.....	29
1.	REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y CRISIS ECONÓMICA DERIVADA DE LA PANDEMIA	30
2.	LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN POR FINES DE FRAUDE O ELUSIÓN: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS	32
3.	LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN EN LAS ESCISIONES: EL CONCEPTO DE UNIDAD ECONÓMICA AUTÓNOMA	39
4.	LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN DERIVADA DE LAS NORMAS DE VALORACIÓN	41
VI.	CONCLUSIÓN.....	43

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a tratar de analizar el régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales, junto a los requisitos y principales problemas para su aplicación.

Existen multitud de impuestos capaces de gravar, directa o indirectamente, una operación de reestructuración empresarial, como el Impuesto de sociedades, Impuesto sobre la renta de las personas físicas, Impuesto sobre la Renta de No Residentes, Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana entre muchos otros. No obstante, durante este trabajo nos vamos a centrar únicamente en el Impuesto de sociedades, ya que los problemas técnico-tributarios más relevantes de las operaciones de reestructuración empresarial se producen dentro del ámbito del Impuesto de Sociedades, dejando de lado el resto de impuestos mencionados con anterioridad.

En relación con este régimen fiscal especial, el Impuesto de Sociedades es el impuesto que más importancia cobra ya que en este tipo de operaciones, al realizarse una transmisión patrimonial total o parcial desde una sociedad transmitente a una sociedad adquirente, se pueden llegar a producir rentas (derivadas de la diferencia de valoración en los patrimonios de las sociedades), que deberán ser gravas por dicho el Impuesto de Sociedades.

Este régimen fiscal se funda en la Directiva 1990/434/CE, ya derogada y sustituida por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre, que regulaba dicho régimen común a las operaciones nombradas con anterioridad, como las fusiones, escisiones, aportación no dineraria y canje de valores. En un primer lugar, dicho régimen solo se aplicaba a las operaciones de fusión y escisión, aunque más tarde se incorporó a las operaciones de aportaciones no dineraria de ramas de actividad y canje de valores, a través de la Ley 29/1991 de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

Hoy en día, dicho régimen fiscal especial se encuentra regulado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) y, como hemos mencionado anteriormente, en la Directiva 2009/133/CE de 19 de octubre, que derogó la antigua Directiva 1990/434/CE.

En un contexto económico anterior a la pandemia del Covid-19, todos coincidíamos en que las operaciones de concentración y restructuración de empresas estaban en auge, debido a la rápida globalización e internacionalización del contexto economía mundial. Esto provocó que las grandes empresas buscasen posibles adquisiciones o fusiones que generasen sinergias positivas, con el fin de aumentar su competitividad. Si conseguían fusionarse o adquirir otra empresa podrían entonces reducir costes (personal, oficinas...), aumentar cuota de mercado y favorecerse de las economías de escala.

El 15 de marzo de 2020 se declaró en España el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, con el consecuente confinamiento de todo el país, que duraría hasta mediados de mayo. Esto provocó una paralización de toda la economía a nivel nacional, exceptuando diversos sectores como la alimentación, que supuso el comienzo de una fuerte crisis económica que todavía persiste hoy en día. Esta pandemia, entre otras muchas consecuencias negativas, hizo que la gran parte de las operaciones de fusiones y adquisiciones que se tenían previstas para el comienzo del año se suspendieran, provocando caídas del 50% en los meses de marzo y abril, respecto de los datos del año anterior. De todas maneras, una vez superado la primera ola de la pandemia, la cifra de operaciones de fusiones y adquisiciones en España durante el segundo semestre se recuperó, retomando valores cercanos a los del 2019. De hecho, pese a completarse un menor número de operaciones a lo largo del 2020, el valor de estas fue superior al del año anterior, acercándose a los 600 millones de euros, frente a los 500 millones del año anterior².

En España, pese a que las cifras en materia de salud y sus consecuencias macroeconómicas estaban dentro de las peores en Europa, la caída fue más leve, del 28% respecto al año anterior³, soportada por las grandes operaciones europeas, como la fusión

¹ Accenture: COVID-19: Impact On Mergers & Acquisitions, https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-122/Accenture-COVID-19-Rebalance-for-Resilience-Mergers-and-Acquisitions.pdf. Fecha última visita: 20/03/2021

² Informe Cuatrecasas: “Impacto del Covid-19 en la actividad de M&A”. https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/espana_y_portugal_impacto_del_covid19_en_la_actividad_de_ma.html. Fecha última visita: 20/03/2021

³ El economista: Las fusiones y adquisiciones en España caen el 28% en 2020, pero los expertos confían su recuperación a 2021, <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10969168/12/20/Las-fusiones-y-adquisiciones-en-Espana-caen-el-28-en-2020-pero-los-expertos-confian-su-recuperacion-a-2021.html>. Fecha última visita: 20/03/2021

de la filial británica (O2) de Telefónica con Virgin Media o la venta de Tabacalera por parte de Imperial.

En cualquier caso, durante el segundo semestre se espera una recuperación parcial del volumen de operaciones de concentración y reestructuración, potenciada por dos principales factores: la necesidad de las empresas españolas de fortalecerse frente a los daños provocados por el Covid-19, y por la reanudación de operaciones paralizadas por la pandemia ante una mejoría de la situación económica del país.

Para ejemplificar esta idea, podemos destacar la fusión de CaixaBank y de Bankia, que dará lugar a la creación del mayor banco de España, tanto por cuota de mercado como activos⁴, y la fusión de Unicaja y Liberbank. Como podemos comprobar, ambas fusiones se encuentran dentro del sector bancario, ya que ha sido uno de los más castigados durante la pandemia, por lo que los bancos buscan fortalecerse para poder seguir haciendo frente a sus competidores.

Por lo tanto, para muchas empresas, no solo entidades bancarias, la realización de una operación de concentración o reestructuración puede suponer la diferencia entre su supervivencia o su extinción, de ahí la importancia de dichas operaciones en tiempos de crisis económica como los que vivimos actualmente.

Y es por ello por lo que, en el presente trabajo, trataremos de analizar el régimen fiscal especial establecido en el Impuesto de Sociedades, cuya finalidad principal es evitar que el gravamen de las plusvalías que se derivan de los incrementos o diferencias de valoración en los patrimonios de las sociedades, que afloran en este tipo de operaciones, sirva como freno a las operaciones de reestructuración empresarial, obteniendo así un régimen fiscal neutro.

Para abordar este trabajo, nos centraremos tanto en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, como la Directiva 2009/133/CE, de 19 octubre y la Ley 3/2009, de 3 abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

Los objetivos de este trabajo final de Grado son varios:

En primer lugar, tratar de entender más en profundidad en qué consiste el Régimen Fiscal Especial vigente en el Capítulo VII, Título VII de la LIS, ya que lo considero de especial

⁴ Cinco días: ¿Y para qué una fusión de CaixaBank y Bankia?. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/13/companias/1600027972_720652.html. Fecha última visita: 20/03/2021

importancia a nivel global en la era post-pandemia. Muchas empresas pueden encontrar en las reestructuraciones empresariales un impulso para salvar sus empresas, y este régimen puede llegar a aportarles un incentivo mayor.

En segundo lugar, analizaremos si este régimen implica de verdad un incentivo o si en realidad representa un obstáculo a la realización de este tipo de operaciones. También pretendo dar luz a los problemas que supone la aplicación de este régimen y como los está resolviendo la jurisprudencia.

Por último, voy a intentar poner en práctica todos mis conocimientos adquiridos durante estos años en mi carrera, a través de asignaturas de mi Grado de Derecho como el Derecho Mercantil, Derecho Tributario, Derecho de sociedades y de mi Grado de Administración y Dirección de Empresas como Tributación Empresarial.

Para la correcta elaboración de este trabajo llevaré a cabo un análisis intensivo de las leyes que recogen este régimen fiscal especial (LIS, LME...) así como de las Directivas europeas que arrojan ciertos matices sobre dicho régimen. Además, consultaré varias sentencias y resoluciones de la jurisprudencia para entender como la misma está resolviendo los problemas con los que se encuentra en la aplicación de este régimen fiscal especial.

Finalmente, antes de pasar al siguiente apartado, voy a realizar un pequeño resumen de la estructura que voy a seguir en cada una de las partes de este trabajo:

En primer lugar, en el apartado de “Consideraciones Generales”, realizaremos una breve introducción al régimen fiscal especial, citando las características principales y el marco regulatorio bajo el que se desarrolla. También se analizará someramente los problemas en su aplicación, aunque se vaya a desarrollar en mayor profundidad en apartados posteriores.

En segundo lugar, en el apartado de “Operaciones amparadas bajo el régimen”, explicaré de forma detallada que tipo de operaciones pueden quedar sujetas a la aplicación de este régimen fiscal especial, ateniéndonos tanto a lo descrito en las leyes como a lo citado en obras doctrinales de múltiples autores.

En tercer lugar, en el apartado de “Requisitos para su aplicación”, analizaré exhaustivamente dos de los requisitos principales para la correcta aplicación del régimen fiscal especial, tributación efectiva en el impuesto de sociedades y territorialidad, revisando tanto sentencias como resoluciones acerca de su tratamiento.

Tras esto, en el apartado de “Problemas en su aplicación”, realizaré una breve introducción a las reestructuraciones empresariales durante y tras la crisis económica derivada de la pandemia, para poder entrar a analizar los principales problemas para la correcta aplicación del régimen fiscal especial; la denegación del régimen por fines de fraude o elusión: los motivos económicos válidos, la denegación del régimen en las escisiones: el concepto de unidad económica autónoma y la corrección de la doble imposición derivada de las normas de valoración. Para el correcto desarrollo de este apartado, también revisaré sentencias y resoluciones acerca de su tratamiento, así como obras doctrinales que traten dichos problemas.

Finalmente, finalizaré este trabajo con un apartado de “Conclusiones”, donde se expondrá de forma clara los resultados y conclusiones de este trabajo, analizando si se han cumplido, o no, los objetivos de este trabajo expuestos anteriormente.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Este tipo de operaciones, las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores, tienen un claro impacto fiscal, ya que al transmitirse en bloque la totalidad o una parte del patrimonio de una empresa a otra empresa, pueden llegar a producirse plusvalías en dichos sujetos participantes, derivados de los incrementos o diferencias de valoración en sus correspondientes patrimonios, las cuales podrán quedar gravados por el Impuesto de sociedades.

Cabe mencionar el artículo 17 LIS, el cual establece el régimen fiscal general de tributación de las plusvalías que pueden llegar a aflorar en las operaciones de reestructuración empresarial mencionadas con anterioridad. En estos casos, la regla de valoración será emplear para su correcta valoración los valores de mercado, y deben de tratarse de operaciones en las que las contraprestaciones no sean dinerarias (en la mayoría de los casos).

En relación con lo anterior, el problema radica en la diferencia de criterios de valoración utilizados contable y fiscalmente. Contablemente, se usa un criterio de valoración basado en el coste histórico o coste de adquisición de los elementos patrimoniales que intervienen en la operación, mientras que fiscalmente se usa un criterio de valoración basado en el

valor de mercado. De esta manera, aflora una plusvalía por la posible diferencia entre el valor contable y el valor de mercado.

Esto supone que muchas empresas deciden no llevar a cabo una reestructuración para evitar la tributación de dichas plusvalías, suponiendo un desincentivo para las operaciones de reestructuración.

Este régimen quedará desplazado por el régimen fiscal especial establecido en los artículos 76 y siguientes LIS que trataremos durante este trabajo, salvo que el contribuyente opte expresamente por aplicar el régimen fiscal general.

Como estipula la propia Ley del Impuesto de Sociedades en el artículo 1⁵: “El Impuesto sobre Sociedades es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas de acuerdo con las normas de esta Ley.”

Entendemos como entidades residentes en territorio español aquellas en las que se cumpla alguno de los siguientes requisitos establecidos por el artículo 8.1 de dicha ley:

- a. Que se hubiesen constituido conforme a las leyes españolas.
- b. Que tengan su domicilio social en territorio español.
- c. Que tengan la sede de dirección efectiva en territorio español (cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades).

Como hemos visto antes, este tipo de operaciones son necesarias y beneficiosas para la economía, por lo que el legislador trata de conseguir un régimen fiscal neutral, el cual no suponga ni una traba ni un incentivo para la realización de estas operaciones de reestructuración, y que su fundamento resida únicamente en la existencia de un motivo económico válido.

Con relación al problema anterior, la posible falta de neutralidad, cabe mencionar que también fue detectado a nivel de la Unión Europea, considerándose que podría llegar a afectar a la unidad de mercado y libertades básicas de los Tratados comunitarios. Por ello, con el objetivo de establecer a nivel comunitario unas condiciones similares a las de un mercado interior en relación con las operaciones que se tratan durante este trabajo, se decidió armonizar las legislaciones fiscales sobre esta materia de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁵ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

Así se aprobó la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, 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, que estableció un régimen de diferimiento de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, evitando así el gravamen inmediato de dichas plusvalías, pero garantizando su tributación posterior, siempre y cuando dichas sociedades cumplan con los requisitos necesarios para la aplicación de dicho régimen, que se estudiarán más adelante.

Dicha Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre, 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, que mantuvo la misma orientación, y la cual se ha traspuesto a nuestro ordenamiento en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, citada anteriormente⁶.

Este régimen fiscal especial no nace con la intención de incentivar este tipo de operaciones, sino con la intención de que las empresas hagan uso de este tipo de operaciones de reestructuración con fines puramente económicos y no fiscales. Dicho de otra manera, lo que se pretende con la incorporación de esta normativa es que se dejen de realizar estas operaciones empresariales para acogerse a beneficios fiscales, y se empiecen a llevar a cabo únicamente con fines económicos.

La dificultad para valorar cuando se está llevando a cabo una reestructuración empresarial con fines económicos es uno de los problemas más importantes con el que se encuentran los juristas en la aplicación de este régimen fiscal especial. Este problema lo trataremos en el apartado V, donde entraremos a estudiarlo con más profundidad, entrando también a analizar como se pronuncia la jurisprudencia al respecto. Se debe aclarar que buscar la aplicación de un beneficio fiscal no implica necesariamente fraude, ni evasión, por lo que, en muchos casos, la existencia de un beneficio fiscal no supondría la inaplicación de este régimen fiscal especial.

⁶ “Reestructuraciones empresariales: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades”, Doc 2003/523, Aranzadi Fiscal, Thomson Reuters

Además, desde la promulgación de la Ley 27/2014 dicho régimen especial de las reestructuraciones empresariales se ha establecido como el régimen aplicable por defecto, aunque como establece el artículo 89 LIS, sigue siendo un régimen opcional y no obligatorio. Esto quiere decir que, este régimen especial se aplicará por defecto a las operaciones de reestructuración empresarial, sin la necesidad de que concurra otra condición necesaria, salvo que se comunique expresamente a la Administración la renuncia a dicho régimen.

Como resumen, antes de entrar a describir cada una de las operaciones sobre las que se puede aplicar este régimen, la característica diferencial de este régimen fiscal especial la encontramos en el posible diferimiento en la tributación de las plusvalías generadas por una sociedad, de tal manera que las sociedades transmitentes no han de integrar ningún tipo de renta en su base imponible en el ejercicio económico en que se realiza la operación. De cualquier manera, dicha tributación deberá de llevarse a cabo por parte de la entidad adquirente en un momento posterior, incorporando los activos con el valor histórico que éstos tenían en el patrimonio de la sociedad transmitente, ya que es un diferimiento y no una exención.

Por último, la Administración ha establecido una serie de requisitos necesarios para que las sociedades se puedan acoger a dicho régimen, al igual que existen determinadas causas que producen la no aplicación del régimen fiscal especial. Ambas materias serán tratadas más adelante en este trabajo.

III. CAPÍTULO I: OPERACIONES AMPARADAS EN EL RÉGIMEN

El régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales establecido en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades se establece para un número limitado de operaciones, mencionadas “*numerus clausus*” en el artículo 76 de dicha ley.

Las operaciones mencionadas en el artículo anterior son las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de rama de actividad, canje de valores y cambio de domicilio social.

Antes de entrar a analizar el régimen fiscal especial y las operaciones amparadas bajo este régimen, cabe mencionar la existencia del régimen fiscal genérico, regulado en

los artículos 15 a 18 LIS. Este régimen versa sobre operaciones con contraprestación no dineraria, debiendo valorarse fiscalmente a valor de mercado, por lo que aflorarían las plusvalías latentes en los activos transmitidos, debiendo tributar por ellas.

Mientras, en el régimen fiscal especial esas plusvalías se trasladan a la entidad adquirente, y se difiere su tributación al ejercicio en que esta entidad transmite los activos a un tercero.

Pues bien, dichas operaciones suponen un desplazamiento patrimonial que, según lo establecido en el régimen general del artículo 17 LIS, obligaría a las sociedades participantes de dichas operaciones a integrar en la base imponible del impuesto de sociedades las plusvalías implícitas generadas por la operación.

En este trabajo nos centraremos en las operaciones de mayor importancia que, establecido en el artículo 76 LIS, podrán ser definidas como:

1. FUSIONES

El concepto de fusión viene definido en los apartados a y b del artículo 76.1 LIS, definiéndolo como aquella operación por la cual una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente o a una entidad nueva, sus respectivos patrimonios sociales a través de una disolución, sin liquidación, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad, o de la entidad nueva, y, en su caso, de una compensación dineraria que no debe exceder del 10% del valor nominal (Portillo, 2019). En caso de que no haya valor nominal, no debe de exceder de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad. También se considera fusión a la operación por la cual una sociedad transmite, en el momento de disolución sin liquidación, su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de su capital social.

Por tanto, de esta definición entendemos que existen tres tipos de fusiones:

- Fusión por absorción: *“una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del*

valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad” (artículo 76.1 a LIS).

En otras palabras, una fusión por absorción supone la disolución de una o varias sociedades (sociedades absorbidas) que a su vez transmiten en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente (sociedad absorbente).

- Fusión por creación o constitución de una nueva sociedad: “ *dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva 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” (artículo 76.1 b LIS).*

Dicho de otra manera, este tipo de fusión supone la extinción de las sociedades que se fusionan, traspasando sus patrimonios correspondientes a una nueva sociedad constituida *ad hoc* para tales efectos.

Una de las características comunes entre la fusión por absorción y la fusión por creación o constitución de una nueva sociedad es, como hemos apuntado al inicio, la compensación dineraria permitida por la ley. Es decir, en el artículo 76.1 b LIS se establece un límite máximo a dicha compensación dineraria “*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”*. En el caso de que se rebase dicho límite, dichas operaciones no podrán acogerse a este régimen fiscal especial.

- Fusión impropia: “*una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social” (artículo 76.1 c LIS).*

Es decir, existirá una fusión impropia cuando una sociedad, siendo ya titular de la totalidad de los valores representativos del capital social de otra sociedad, absorbe a la última. Conceptualmente es idéntica a una fusión por absorción,

con la particularidad de que la sociedad absorbente ya era titular del total del capital social de la sociedad absorbida, no siendo necesario la realización de una ampliación de capital ni similares.

La definición que se recoge en la LIS sobre las fusiones impropias da cabida a una interpretación extensiva de la misma, dando lugar a que otro tipo de operaciones similares puedan quedar amparadas bajo este régimen. Este es el caso de las operaciones de cesión global de activos y pasivos. Como regla general, y ateniéndonos a los artículos 81-91 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, este tipo de operaciones no quedarán amparadas bajo este régimen fiscal especial (ya que son consideradas operaciones autónomas, suponiendo la liquidación de la sociedad cedente). Sin embargo, en aquellos casos en los cuales la sociedad cedente no se liquide, estas operaciones sí quedarán amparadas bajo este régimen fiscal especial.

2. ESCISIÓN

Como idea general, entendemos que una escisión es la operación contraria a la fusión (explicado con detalle en el apartado anterior), ya que lo que se pretende es disgregar patrimonialmente una empresa, con el fin de desconcentrar empresas y dividir negocios.

En estos casos, lo que se produce es una transmisión en bloque, por una sociedad, de todo o parte de su patrimonio por sucesión universal a dos o varias sociedades. Los socios o accionistas de la entidad transmitente pasan a ser socios o accionistas de la sociedad o sociedades adquirentes.

De la definición de la LIS, como ya ocurrió para el caso de las fusiones, se distinguen tres modalidades de escisión:

- Escisión total: *“Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación 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” (artículo 76.2 a) LIS).

Esta operación es muy similar a la fusión por absorción explicada con anterioridad, ya que en ambas operaciones la sociedad que transmite su patrimonio se extingue. Mientras que en la fusión por absorción solo hay una sociedad adquirente, en la escisión total debe de haber varias sociedades absorbentes, ya que el patrimonio de la sociedad transmitente debe quedar dividido obligatoriamente en mínimo dos partes.

- Escisión parcial: *“Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior” (artículo 76.2 b LIS).*

La principal diferencia con la escisión total es que, en estos casos, se exige que la sociedad transmitente conserve al menos una rama de actividad, es decir, no puede suponer su extinción. Como hay una salida de patrimonio que no conlleva la extinción, deberá de realizarse la correspondiente reducción de capital y reservas proporcional a ese patrimonio escindido.

Para los socios de la sociedad escindida tiene las mismas consecuencias que en las escisiones totales, es decir, pasan a ser socios o accionistas de la sociedad o sociedades beneficiarias de forma proporcional a su participación en la sociedad escindida

Además, en estos casos, se exige que el patrimonio escindido conforme una rama de actividad individual. Esto provoca que, en los casos en los que no se pueda llegar a comprobar que dicho patrimonio constituye

una rama de actividad, se llevarán a cabo escisiones totales y no parciales, ya que no es necesario cumplir este requisito.

- Escisión financiera: *“Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior”* (artículo 76.2 c) LIS).

Como pasaba en las escisiones parciales, aquí también se exige que la sociedad transmitente no se extinga, obligándola a conservar participaciones (de similares características) en el capital de otras sociedades o una rama de actividad. Además, los socios o accionistas de la sociedad escindida también pasan a formar parte del capital social de las sociedades beneficiarias de la escisión en proporción al capital que poseían en la sociedad escindida.

En cambio, en las escisiones financieras no se exige que el requisito de que el patrimonio escindido sea una rama de actividad, como ocurría en las escisiones parciales, sino que debe estar constituido por acciones o participaciones en el capital social de las sociedades.

Por último, cabe citar que uno de los problemas de mayor dificultad para el legislador, que trataremos más en profundidad en apartados posteriores es cuando se pretende aplicar el régimen fiscal especial en casos en donde los elementos patrimoniales que se pretenden escindir no son considerados a ojos del legislador como una unidad económica autónoma, al ser directamente dependientes de la sociedad a la que pertenecen.

Como hemos dicho, este problema será tratado en apartados posteriores, haciendo alusión al tratamiento de este problema por la jurisprudencia.

3. APORTACIÓN NO DINERARIA DE RAMA DE ACTIVIDAD

El artículo 76.3 LIS define las aportaciones no dinerarias de rama de actividad de la siguiente manera: “... *la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente*”.

Como vemos, al igual que pasaba en las escisiones parciales, se exige para que este tipo de operaciones queden amparadas bajo el régimen especial, que la aportación constituya una rama de actividad. Además, dicha rama de actividad debe de existir en la sociedad transmitente con anterioridad a la aportación como una explotación económica. Si no fuese así, y se constituyera como tal en la sociedad beneficiaria, lo que habría ocurrido sería una segregación de elementos patrimoniales y no una rama de actividad como tal.

Este último concepto queda recogido en el artículo 76.4 LIS, definiéndolo como: “*el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan*”.

Este artículo, además de definir el concepto de rama de actividad, también establece la posibilidad de la sociedad aportante de elegir si a la aportación de la rama de actividad se le atribuye las “*deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan*”.

Una de las principales diferencias de este tipo de operaciones con las citadas y explicadas anteriormente es que, en las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, las acciones o participaciones que la sociedad beneficiaria otorga como contraprestación corresponde a la sociedad aportante y no a sus socios.

Sin entrar en mucho detalle, cabe mencionar las aportaciones no dinerarias especiales, mencionadas en el artículo 87 LIS.

En dichas operaciones no se aporta una rama de actividad como tal, pero quedan sujetas a este régimen siempre que cumplan una serie de requisitos, siendo los más importantes los aquí mencionados:

- *“Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados”.*
- *“Que, una vez realizada la aportación, el contribuyente aportante de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por ciento”.*

4. CANJE DE VALORES

El artículo 76.5 LIS define el concepto de canje de valores como: *“la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”.*

Además, en este tipo de operaciones no existe intervención de la sociedad dominada, ya que la operación de canje de valores se produce entre la sociedad dominante y sus propios socios. Es decir, los socios de la sociedad dominada pasan a convertirse en socios de la sociedad adquirente (sociedad que adquiere la mayoría).

La principal diferencia entre este tipo de operaciones y las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de ramas de actividad explicadas con anterioridad es que, en las operaciones de canje de valores no hay una transmisión de elementos patrimoniales, sino que se transmiten valores representativos del capital social, es decir, acciones o participaciones sociales.

Para que se pueda aplicar este régimen fiscal especial es condición necesaria que exista esa transmisión de valores representativos del capital social, no siendo suficiente la transmisión de otro tipo de derechos, como el derecho de usufructo sobre dichas acciones o participaciones.

IV. CAPÍTULO II: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

Una vez explicado qué tipo de operaciones se pueden atener al régimen fiscal especial en las reestructuraciones empresariales según el artículo 76 LIS, vamos a entrar a estudiar los requisitos para su efectiva aplicación.

En relación con este régimen fiscal especial en las reestructuraciones empresariales, me gustaría hacer hincapié en que es un régimen especial de carácter voluntario. Esto quiere decir que la sociedad en cuestión puede renunciar total o parcialmente su aplicación. De todas maneras, dicha renuncia habrá de ser expresa, a través de su comunicación a la Administración tributaria, siguiendo lo establecido en el artículo 89.1 LIS:

“1. Se entenderá que las operaciones reguladas en este capítulo aplican el régimen establecido en el mismo, salvo que expresamente se indique lo contrario a través de la comunicación a que se refiere el párrafo siguiente. La realización de las operaciones a que se refieren los artículos 76 y 87 de esta Ley deberá ser objeto de comunicación a la Administración tributaria, por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no sea residente en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación se realizará por la entidad transmitente. Esta comunicación deberá indicar el tipo de operación que se realiza y si se opta por no aplicar el régimen fiscal especial previsto en este capítulo. Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente ni la transmitente sean residentes en territorio español, la comunicación señalada en el párrafo anterior deberá ser presentada por los socios, que deberán indicar que la operación se ha acogido a un régimen fiscal similar al establecido en este capítulo. Dicha comunicación se presentará en la forma y plazos que se determine reglamentariamente. La falta de presentación en plazo de esta comunicación constituye infracción tributaria grave. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación respecto de la que hubiese de suministrarse información”.

Como queda explicado en este artículo, la comunicación corresponderá a la sociedad adquirente, salvo que la misma no fuese residente, en cuyo caso la comunicación se efectuará por la entidad transmitente (Pérez Royo, 2020, página 519). En el caso en el que ni la sociedad adquirente ni la transmitente fueran residentes en territorio español, dicha comunicación deberá ser presentada por los socios.

Además, en la comunicación deberá de quedar indicado el tipo de operación de que se trata (fusión, escisión, canje de valores, aportación no dineraria de rama de actividad...) y, obviamente, si se opta o no por aplicar dicho régimen fiscal especial.

Finalmente, y antes de entrar a explicar con detalle el resto de requisitos, como queda reflejado al final del primer apartado del artículo 89 LIS, el incumplimiento del plazo para presentar dicha comunicación supondrá una infracción tributaria grave, con la consecuente multa pecuniaria fija de 10.000 euros *“por cada operación respecto de la que hubiese de suministrarse información”*.

1. TRIBUTACIÓN EFECTIVA EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES

Como ya hemos explicado con anterioridad, la ventaja principal que supone la aplicación de este régimen fiscal especial en las operaciones de reestructuración patrimonial (fusión, escisión, canje de valores, aportación no dineraria de rama de actividad...) es el diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes generadas por dichos desplazamientos patrimoniales fruto de las reestructuraciones.

Dicho de otra manera, las sociedades que realizan la transmisión no tienen que integrar renta alguna en su base imponible con ocasión de esta, pero los bienes y derechos transmitidos se incorporan al patrimonio de la sociedad adquirente con el mismo valor que tenían en la contabilidad de la sociedad que transmite (Pérez Royo, 2020, página 518).

De todas maneras, se establecen una serie de mecanismos para que la Administración Tributaria pueda gravar de forma efectiva dichas plusvalías latentes cuya tributación había sido diferida gracias a la aplicación de este régimen fiscal especial.

En relación con esta cuestión, la posibilidad de aplicación del régimen fiscal especial, y, por ende, del diferimiento de las plusvalías ante las reestructuraciones, desaparecerá en el momento en que la Hacienda tributaria deje de tener capacidad de actuación sobre los bienes transmitidos o sobre las entidades adquirentes.

Por lo tanto, las sociedades no podrán acogerse al régimen fiscal especial que supone el diferimiento de las plusvalías latentes generadas en las reestructuraciones cuando la entidad adquirente estuviera exenta de tributar en el Impuesto de Sociedades.

La propia LIS establece, en su artículo 9, las entidades que quedan totalmente exentas de tributar en el Impuesto de Sociedades, que son:

“1. Estarán totalmente exentos del Impuesto:

- a) El Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales.*
- b) Los organismos autónomos del Estado y entidades de derecho público de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales.*
- c) El Banco de España, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y los Fondos de garantía de inversiones.*
- d) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.*
- e) El Instituto de España y las Reales Academias oficiales integradas en aquél y las instituciones de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.*
- f) Los organismos públicos mencionados en las Disposiciones adicionales novena y décima, apartado 1, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las entidades de derecho público de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales.*
- g) Las Agencias Estatales a que se refieren las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, así como aquellos Organismos públicos que estuvieran totalmente exentos de este Impuesto y se transformen en Agencias estatales.*

h) El Consejo Internacional de Supervisión Pública en estándares de auditoría, ética profesional y materias relacionadas.”

Entendemos por exención lo establecido en el artículo 22 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), que dice que “*serán supuestos de exención aquellos en que, a pesar de realizarse el hecho imponible, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal*”. Por lo que se puede decir que es un método de beneficio fiscal, por lo que se tendrá que interpretar de forma restrictiva en todos sus elementos.

Este artículo anteriormente citado establece la exención total de la obligación tributaria de contribuir al IS para ciertas entidades públicas y parapúblicas.

Además, este artículo también establece una exención parcial para otro tipo de entidades, como entidades privadas sin fin de lucro o partidos políticos.

Como consecuencia del punto anterior, todas las entidades citadas en el artículo 9 LIS no pueden, evidentemente, beneficiarse del régimen fiscal especial del capítulo VII, Título VII de la LIS, al quedar exentas de cualquier tributación en el IS.

2. TERRITORIALIDAD

Otro de los requisitos fundamentales para poder aplicar el régimen fiscal especial a las operaciones de reestructuración empresarial tiene su fundamento en la territorialidad de las sociedades objeto de reestructuración.

De esta manera, se pretende garantizar que la Hacienda Pública tenga la posibilidad de gravar en un futuro las rentas diferidas gracias al régimen fiscal especial.

Esto implica que únicamente se podrá aplicar este régimen fiscal especial, y, por tanto, proceder al diferimiento de las plusvalías futuras, cuando la sociedad adquirente siga quedando gravada por el Impuesto de Sociedades español.

Ahora bien, para entender plenamente qué rentas no se integrarán en la base imponible de Impuesto de Sociedades debemos de entrar a analizar con prolijidad cada uno de los puntos del artículo 77 LIS.

En primer lugar, el artículo 77.1.a) LIS: *“Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados. Cuando la entidad adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. La transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el período impositivo en que se produzca aquélla, de la diferencia entre el valor de mercado y el valor a que se refiere el artículo siguiente minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles. El pago de la deuda tributaria resultante de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos en el apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento.”.*

Este apartado habla sobre las transmisiones de bienes y derechos situados en territorio español, cuando la sociedad transmitente resida también en territorio español, y podemos distinguir dos casos:

- Que la sociedad adquirente resida en España; en cuyo caso no habría ningún problema para aplicar el régimen fiscal especial y el diferimiento de las plusvalías originadas por la operación de reestructuración entre las sociedades
- Que la sociedad adquirente no resida en España, sino que resida en el extranjero; en cuyo caso la no integración en la base imponible quedará limitada a las plusvalías latentes de aquellos elementos patrimoniales

transmitidos que queden afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español.

En el caso de que los elementos patrimoniales anteriormente citados hayan sido transmitidos a un establecimiento situado en el extranjero, la sociedad deberá integrar en la base imponible (en el periodo impositivo en que se produzca dicha transmisión) la diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales transmitidos y el valor de adquisición (este podrá ser reducido por las correcciones de valor reflejadas contablemente y que hubieran sido previamente reducidas fiscalmente, si las hubiera).

Con relación a esta cuestión, si la transferencia de elementos patrimoniales se ha realizado a otro Estado miembro de la Unión Europea (en adelante UE) o del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), se podrá aplazar el pago de la cuota correspondiente a tales plusvalías latentes, siempre que exista una previa petición por parte de la sociedad adquirente (contribuyente del Impuesto de Sociedades).

En segundo lugar, el artículo 77.1.b) LIS: *“Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea, a favor de entidades que residan en ellos, revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, 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, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I.”*

Este apartado habla sobre las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la UE, a favor de sociedades residentes en el territorio de la UE, y, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE, deben de cumplirse tres condiciones para que el régimen fiscal especial sea aplicable:

- Que la sociedad adquirente haya sido constituida y revista alguna de las formas societarias enumeradas en la parte A del anexo I de dicha Directiva
- Que la sociedad adquirente, conforme a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que su domicilio fiscal reside en dicho Estado miembro
- Que la sociedad adquirente quede sujeta a alguno de los tributos mencionados en la parte B del anexo I de dicha Directiva, sin que exista ningún tipo de posibilidad de opción y, obviamente, sin estar exenta.

En tercer lugar, el artículo 77.1.c) LIS: “Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados no pertenecientes a la Unión Europea en favor de entidades residentes en territorio español.”

Este apartado versa sobre las sociedades residentes en territorio español que transmiten a otra sociedad, también residente en territorio español, establecimientos permanentes situados fuera de territorio español (en el extranjero).

Por tanto, es imprescindible para poder aplicar el régimen fiscal especial y el diferimiento, que el patrimonio transmitido por la sociedad transmitente no esté adherido a un establecimiento permanente.

En cuarto lugar, el artículo 77.1.d) LIS: *“Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español, de establecimientos permanentes en él situados. Cuando la entidad adquirente resida en el extranjero solo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. La transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el ejercicio en que se produzca aquélla, de la diferencia entre el valor de mercado y el valor a que se refiere el artículo siguiente minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles. El pago de la deuda tributaria resultante de la*

aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos en el apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, será aplazado por la Administración Tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento.”

Este último apartado hace alusión a los elementos patrimoniales, objeto de transmisión entre las sociedades, cuando estos estén en territorio español pero la sociedad transmitente no resida en España. Dentro de este apartado encontramos dos situaciones distintas:

- Que la sociedad adquirente sí resida en territorio español, en cuyo caso, se permitirá el diferimiento de las plusvalías generadas por la transmisión de los elementos patrimoniales entre sociedades
- Que la sociedad adquirente no reside en territorio español sino que resida en el extranjero, en cuyo caso, únicamente se podrá llevar a cabo el diferimiento de las plusvalías generadas por la transmisión de los elementos patrimoniales afectados a un establecimiento permanente situado obligatoriamente en territorio español

En relación con este apartado del artículo 77 LIS, hay que añadir que en aquellos casos en los que la transferencia de elementos patrimoniales se lleve a cabo a una sociedad de un Estado miembro de la UE o del EEE, se podrá aplicar lo explicado para el apartado a), es decir, se podrá aplazar el pago de la cuota correspondiente a tales plusvalías latentes, siempre que exista una previa petición por parte de la sociedad adquirente (contribuyente al Impuesto de Sociedades).

Y por último, en quinto lugar, el artículo 77.1.e) LIS: *“Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de participaciones en entidades residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en su mismo país o territorio, o en favor de entidades residentes en la Unión Europea siempre que, en este*

último caso, tanto la entidad transmitente como la adquirente revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I.”

Este último apartado versa sobre las transmisiones de participaciones de sociedades residentes en territorio español, llevadas a cabo por sociedades que no residen en territorio español en favor de sociedades que o bien residen en ese mismo territorio, o bien residen en otro territorio de la UE.

Para el último caso citado (que la sociedad reside en otro territorio de la (UE), se establecen dos de los requisitos mencionados para el apartado b de este artículo, y son:

- Que la sociedad adquirente haya sido constituida y revista alguna de las formas societarias enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre (LCEur 2009, 1752)
- Que la sociedad adquirente quede sujeta a alguno de los tributos mencionados en la parte B del anexo I de dicha Directiva, sin que exista ningún tipo de posibilidad de opción y, obviamente, sin estar exenta

V. CAPÍTULO III: PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL REGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Tras analizar en profundidad alguno de los requisitos fundamentales para la correcta aplicación del régimen fiscal especial en las reestructuraciones empresariales, vamos a entrar a explicar los principales problemas en su aplicación. Estos problemas suelen venir de la difícil interpretación de alguno de los términos jurídicos expuestos en la Ley del Impuesto de Sociedades, aunque también vienen de una posible doble imposición derivada de las normas de valoración previstas en dicha Ley. A todo lo anterior, hay que entrar a discutir las medidas extraordinarias adoptadas para fomentar las reestructuraciones empresariales, introducidas por la crisis económica provocada por la pandemia del Covid-19.

1. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y CRISIS ECONÓMICA DERIVADA DE LA PANDEMIA

La irrupción de la pandemia del Covid-19 a mediados del mes de marzo del 2020 no solo ha dejado consecuencias devastadoras a nivel humano, con más de 2.5 millones de fallecidos, si no que ha dado lugar a una crisis económica sin precedentes. Hace poco más de un año, se declaró el confinamiento total de la población tanto a nivel nacional como a nivel mundial, lo que supuso una paralización total de cualquier tipo de actividad empresarial y económica (exceptuando servicios esenciales como supermercados, farmacias...). No es comparable con la crisis económica del 2008, ya que esta última fue una crisis endógena, es decir, fue consecuencia de acumular muchos excesos durante un periodo largo de tiempo, mientras que esta crisis actual es consecuencia de un patógeno, por lo tanto, exógena. Además, cabe añadir que mientras que la crisis del 2008 afectó en mayor medida al sector financiero, esta crisis está afectando a casi todos los sectores por igual, siendo los sectores más afectados encontramos HORECA (Hoteles y restauración), el transporte y el ocio, donde la paralización del sector ha sido total, con caídas en sus ingresos en términos reales en 2020, en porcentaje sobre 2019, de entre el 38-43%, 46-52% y 50-56% respectivamente⁷

Como consecuencia, se ha producido un aumento de la probabilidad de insolvencia de las empresas de los sectores mencionados anteriormente, llegando a aumentarse entre 8,6-10,7 veces en HORECA (Hoteles, Restaurantes y Cafeterías), 5,4-6,7 veces en transporte y 5,8-7,2 veces en ocio.

Ningún experto ha sido capaz de prever cuando se acabará la pandemia, incluso tras meses de vacunación sigue habiendo muchas incógnitas. Es por ello por lo que, lo que al principio parecía una crisis de liquidez puede llegar a suponer una crisis de solvencia, ya que, si la situación se sigue prolongando en el tiempo, la mayoría de las empresas no van a poder hacer frente a sus pagos, viéndose

⁷ Informe McKinsey & Company: “España post COVID-19: de la resiliencia a la reinención”. <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/business%20functions/risk/our%20insights/spain%20after%20covid%2019%20from%20resilience%20to%20reimagination/espana-post-covid-19-de-la-resiliencia-a-la-reinencion.pdf>. Fecha última visita: 22/03/2021

obligadas a tomar medidas de reestructuración o declarar su concurso de acreedores.

Dejando de lado las ayudas económicas otorgadas por parte del Estado a las empresas españolas, son básicos los mecanismos societarios y concursales introducidos para fomentar las reestructuraciones y refinanciaciones para evitar el concurso de acreedores de las PYMES (el grueso del tejido empresarial español está conformado por PYMES y microempresas, suponen el 99% de las empresas en España⁸). Entre las medidas adoptadas en virtud del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 encontramos *“que los acuerdos sean adoptados por el procedimiento descrito y sin sesión, se suspenden los plazos de formulación, verificación y aprobación de las cuentas anuales, extendiéndose en el tiempo, se suspende el ejercicio del derecho de separación de los socios...”* (Martínez Muñoz, 2020, S.P.).

Una de las medidas concursales mas importantes introducidas por el Real Decreto Ley 16/2020 fue la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso por parte del deudor cuando se encuentre en estado de insolvencia hasta el 31 de diciembre de 2020, medida clave para que las empresas puedan llevar a cabo una reestructuración de deuda de forma eficiente. Además, se permite renegociar acuerdos de refinanciación homologados y convenios que no puedan ser cumplidos por parte de los deudores por causa de la pandemia del Covid-19.

De todas maneras, estas medidas han de ser compatibles con el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley Concursal que entro en vigor el 1 de septiembre de 2020, así como la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva (que será próximamente transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico) (Martínez Muñoz, 2020, S.P.)

Una de las formas más adoptadas para llevar a cabo una reestructuración, y así evitar la disolución de la sociedad, es la conversión de créditos. Esta conversión tiene como objetivo reducir la deuda de la sociedad, es decir, reducir su pasivo

⁸ Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (febrero 2021). <http://www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/estadisticaspyme.aspx>. Fecha última visita: 22/03/2021

exigible. Pues bien, la sociedad acuerda con los acreedores la extinción de los créditos a cambio de facilitarles acciones o participaciones como canje, que serán emitidas a través de un aumento de capital social. Esto viene a ser una capitalización de deuda, por la cual disminuyes la deuda de la sociedad y aumentas el capital social de la misma, evitando así el concurso de acreedores y una posible extinción de la sociedad.

Con relación a esta cuestión, cabe añadir que esta modalidad de aumento de capital por compensación de créditos viene regulada en el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). Este artículo exige:

- Que los créditos a compensar sean completamente líquidos y exigibles, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada
- Que al menos el 25% de los créditos sean líquidos, exigibles y vencidos (el vencimiento del resto deberá ser inferior a 5 años), en el caso de sociedades anónimas

El fin último de todas estas medidas es elaborar un marco sólido de reestructuración pre concursal para empresas con problemas de solvencia, y así evitar su desaparición al mismo tiempo que ayudas a los acreedores a cobrar sus créditos.

2. LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN POR FINES DE FRAUDE O ELUSIÓN: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

Uno de los problemas más frecuentes a la hora de aplicar el régimen fiscal especial en las reestructuraciones empresariales es que se necesita un motivo económico válido para su aplicación. Lo que se pretende con este régimen es conseguir una regulación fiscal neutra, es decir, que las reestructuraciones empresariales se lleven a cabo únicamente por motivos económicos, y no con la única intención de obtener una ventaja o beneficio fiscal.

Como establece el artículo 89.2 LIS: *“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una*

ventaja fiscal. Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”.

Este artículo establece la inaplicación del régimen fiscal especial cuando el objetivo de la operación sea el fraude o la evasión fiscal, o cuando no se haga por motivos económicos. Además, este artículo se funda en una transposición del artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE, que establece lo siguiente: *“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal...”*.

Por lo tanto, podemos distinguir dos motivos por los cuales no se podría aplicar este régimen fiscal especial; el fraude o la evasión fiscal y la inexistencia de motivos económicos válidos (la propia LIS da dos ejemplos que cabrían dentro de motivos económicos válidos para la aplicación del régimen fiscal especial, que son *“la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación”*).

Existirá fraude o evasión fiscal cuando concurren dos elementos. Por un lado, cuando la operación entre las sociedades provoque una disminución de la base imponible del Impuesto de Sociedades, es decir, cuando a raíz de la operación se beneficien fiscalmente a través de una reducción en el pago de impuestos. Por otro lado, cuando, además de la circunstancia anterior, exista en las sociedades sujeto de la operación un ánimo defraudatorio, es decir, cuando las sociedades quieren llevar a cabo esa reestructuración empresarial con el principal objetivo de obtener una reducción en la base imponible del Impuesto de Sociedades.

Existe una definición de los conceptos de fraude y evasión fiscal, elaborada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en los artículos. 15 y 16 LGT y los arts. 179 y ss LGT, donde quedan tipificados las infracciones tributarias (también cabe mencionar a la Ley 36/2006, de medidas de prevención del fraude).

Además, como se expone en la Sentencia de 25 de abril de 2013, rec. 187/2010 (JUR 2013, 162869) de la Audiencia Nacional, *“cabe considerar como criterio interpretativo válido el art. 15 de la LGT, relativo al «conflicto en la aplicación de la norma», supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”*⁹

Cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, (RJ 2016, 3862), que expone que *“Las decisiones de estrategia empresarial (que son las alegadas por la parte recurrente) son legítimas, pero no pueden servir, exclusivamente, para obtener beneficios tributarios. Es cierto que las motivaciones de estrategia empresarial tienen un claro componente económico (que hace referencia a los resultados societarios y al funcionamiento empresarial) pero tales motivos no pueden tener fuerza ni validez suficiente para justificar la obtención de un beneficio fiscal cuando no existe ninguna otra razón suficientemente justificada”*.

Es decir, las decisiones estratégicas de las empresas, que normalmente suelen llevar incorporado un beneficio tributario, no pueden servir, por si solas, como motivo económico válido, debiendo de existir alguna otra razón debidamente justificada.

⁹ Navarro, M. (2016).” Motivos económicos válidos.”.

Está claro que es muy difícil obtener un *numero clausus* de motivos económicos válidos, ya que las posibilidades son abundantes, e intentar tasarlos sería imposible.

Por ello, la Dirección General de Tributos ha ido paulatinamente aceptando motivos a través de consultas que le formulaban.

El propio documento doctrinal citado en el párrafo anterior hace referencia a algunos de esos motivos económicos aceptados por la DGT, encontrando, entre otros¹⁰:

- Obtener una gestión económica más eficaz mediante la unificación y centralización de servicios (evitar la duplicidad de costes, por ejemplo), como se menciona en las resoluciones V2409-18, 06/06/2018 y V2226-18, 25/07/2018 de la DGT
- Simplificar la distribución de dividendos, como se menciona en las resoluciones V2203-18, 24/07/2018 y V2407-18, 06/09/2018 de la DGT.
- Mejorar gestión y la agilización en la toma de decisiones para la adopción de decisiones estratégica, como se menciona en la resolución V2255-18, 26/07/2018 de la DGT
- Simplificación de los procesos societarios, como se menciona en las resoluciones V1477-18, 30/05/2018 y CV V2079-18, 13/07/2018. de la DGT
- Reestructurar empresarial y económicamente las actividades, como se menciona en la resolución V2103-18, 16/07/2018 de la DGT
- Reforzar la estructura financiera, dotando a cada negocio de recursos financieros adecuados a su especificidad, como se menciona en la resolución V2407-18, 06/09/2018 de la DGT
- Facilitar la futura transmisión del negocio a los hijos a través de la donación de las participaciones sociales de la nueva sociedad, como se menciona en la resolución 3-12-04 [JT 2005, 212], de la DGT

Esta concepción tan amplia y ambigua del concepto de motivo económico válido provoca que, en una gran mayoría de casos, las sociedades sujeto de las operaciones de reestructuración, antes de llevar a cabo dicha operación,

¹⁰ Navarro, M. (2016).” Motivos económicos válidos.”.

formulen una consulta a la DGT, con el fin de que la propia DGT exprese o manifieste su opinión acerca de si esa operación puede quedar amparada bajo este régimen fiscal especial.

Por tanto, según lo establecido en el último párrafo del artículo 89.2 LIS, ante la ausencia de motivos económicos válidos o la existencia de fraude o evasión fiscal, dicho artículo reconoce la posibilidad de proceder a la inaplicación total o parcialmente el régimen fiscal especial.

Es decir, no siempre va a suponer una inaplicación total del régimen fiscal especial, sino que la DGT reconoce situaciones en las que se podrá hacer de forma parcial. De todas maneras, y siguiendo lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), para proceder a la inaplicación del régimen fiscal especial, la falta de motivos económicos válidos debe obligatoriamente quedar probada por el sujeto pasivo, aunque no de forma exclusiva, sino que dependerá del tipo de motivo económico válido.

Por un lado, los motivos económicos válidos cuantificables, es decir, aquellos que se pueden llegar a medir y demostrar los cálculos sobre los ingresos/gastos determinados. Por otro lado, los no cuantificables, cuyo motivo económico quedará determinado por factores empresariales no determinables.

La Administración, en fase de comprobación administrativa, se planteará la duda sobre la existencia de motivos económicos válidos, y pasará la carga de la prueba al sujeto pasivo, es decir, al contribuyente en la operación en cuestión. Una vez la Administración haya determinado la inexistencia de motivos económicos válidos, la carga de la prueba, ateniéndonos al artículo 105 de la LGT, pasará directamente al sujeto pasivo.

Por lo tanto, queda claro que la labor de la Administración no es cuestionar las decisiones estratégicas de las empresas, si no confirmar que el principal objetivo del sujeto pasivo no es la obtención de un beneficio fiscal.

Este último párrafo queda ilustrado a través de la Sentencia TS de 27 de mayo de 2013, (recurso de casación 1668/2011), que establece que "...la Administración ha constatado, como le incumbía, que el objetivo principal era

obtener una ventaja fiscal, conclusión a la que llega tras comprobar la ausencia de esos motivos mediante el uso de la presunción iuris tantum”.

Además, hay que añadir una cuestión fundamental exigida por la jurisprudencia que es la proporcionalidad. Esto quiere decir que la Administración deberá llevar a cabo una ponderación entre los motivos puramente estratégicos y los motivos económicos. Es decir, si haciendo dicha ponderación resulta que el peso de los motivos estratégicos es superior al de los motivos económicos válidos, no se podrá decir que exista motivo económico válido y, por lo tanto, dicha operación no podrá atenerse al régimen fiscal especial.

Sobre esta cuestión de la proporcionalidad se trata en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2013, donde se declara que *“la valoración de la existencia de una finalidad o propósito económico válido debe realizarse teniendo en cuenta no sólo las circunstancias específicas que concurran en el momento de la realización de la operación, sino también aquellas otras previas, simultáneas o posteriores que pudiesen tener incidencia en la misma, cuya valoración deberá efectuarse en la fase de comprobación administrativa”* (STS rec. 1847/2013).

Siguiendo con el concepto de proporcionalidad, cabe citar la Sentencia TS de 13 de octubre de 2016, (RJ 2016, 5548), que establece que: *“Si los peritos hubieran examinado el conjunto de esos elementos habrían llegado a la conclusión de que la escisión que se trataba de acoger al régimen especial en el impuesto sobre sociedades no fue más que un paso en una operación compleja cuyo designio verdadero fue vender el negocio familiar de fabricación de envases de plástico, haciendo partícipes a los hijos del matrimonio y al gerente de la sociedad escindida de una parte de las plusvalías obtenidas, con el coste fiscal más reducido que fuera posible, y conservando en manos de la familia la titularidad del inmueble en el que se ejercía la actividad económica”*.

Por ello, si analizamos el conjunto de las operaciones pueden llegar a no admitirse la existencia de motivos económicos válidos en aquellos casos en donde las operaciones en cadena tengan como finalidad principal la separación

de los socios para evitar el pago del impuesto correspondiente, en vez de tener como finalidad la mera reestructuración de la sociedad.

Para ilustrar este concepto de proporcionalidad vamos a analizar la sentencia STS de 8 de marzo de 2016. En este caso, se determinó que la operación de reestructuración por la cual el grupo de supermercados Capabro adquiriría otro grupo de supermercados, no podría acogerse al régimen fiscal especial por no concurrir motivos económicos válidos. En concreto, se afirma que el motivo principal en las escisiones es el ahorro fiscal, y, por tanto, la operación no se estaría llevando a cabo por motivos puramente económicos si no para obtener una ventaja fiscal.

Pues bien, el Tribunal Supremo afirmó que dicho ahorro fiscal no es la principal causa de la operación de reestructuración, ya que ese ahorro fiscal viene dado por los coeficientes de abatimiento. Estos coeficientes permiten a la sociedad transmitente aplicar una reducción a las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, siempre que hayan sido adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994. Pues bien, ateniéndonos a la regla de la proporcionalidad explicada con anterioridad, los motivos económicos que han fundamentado dicha operación son proporcionalmente más importantes que ese ahorro fiscal procedente de los coeficientes de abatimiento. Es decir, dicha operación de reestructuración es completamente válida y podrá quedar amparada bajo el régimen fiscal especial.

Cabe añadir que la jurisprudencia viene criticando el uso, por parte de la Administración, de recurrir a esta falta de motivos económicos válidos con el fin último de la inaplicación del régimen fiscal especial, cuando podían existir alternativas que hubieran supuesto una mayor tributación por las partes.

Sobre esta cuestión cabe citar la Sentencia de 25 de abril de 2013 de la Audiencia Nacional, donde observamos que, la Administración Pública, cuando debe admitir o no este régimen fiscal especial, tiende a valorar más la cuantía de los beneficios fiscales obtenidos con la operación de reestructuración que en los motivos por los que se ha realizado dicha operación. Esto supone una mala interpretación y uso de la cláusula antiabuso por parte de la Administración, cuya finalidad principal es evitar que se lleven a cabo

reestructuraciones empresariales con motivos de fraude o elusión fiscal, no el hecho de obtener ventajas fiscales.

3. LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN EN LAS ESCISIONES: EL CONCEPTO DE UNIDAD ECONÓMICA AUTÓNOMA

Para tratar este apartado, cabe recordar lo mencionado con anterioridad al hablar de las escisiones. El concepto de unidad económica autónoma queda recogido en el artículo 76.4 LIS, definiéndolo como: *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica...”*.

Es decir, y como estipula este mismo artículo, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

El problema en las escisiones proviene cuando se pretende aplicar el régimen fiscal especial en casos donde los elementos patrimoniales que se pretenden escindir no son considerados, a ojos de la administración tributaria, como una unidad económica autónoma, al ser directamente dependientes de la sociedad a la que pertenecen. Sobre este asunto, cabe mencionar la resolución de la DGT CV 536/18 de 26 febrero (PROV 2018, 98903), la cual estableció que por aportar un conjunto de inmuebles que están siendo arrendados y gestionados por una persona diferente a la del resto de la sociedad escindida, no supone que ese conjunto de inmuebles sea considerado como una unidad económica autónoma (suponiendo la no aplicación del régimen fiscal especial tratado durante este trabajo).

Se debe citar la reciente denuncia de la Unión Europea a través de la Comisión, ya que este último es el órgano encargado de velar por el cumplimiento del derecho de la Unión Europea. Pues bien, dicha Comisión ha colegiado que *“que el requisito de la existencia de ramas de actividad que nuestra norma establece para el acogimiento de las operaciones de escisión total no proporcionales a régimen especial resulta contrario a la voluntad de la Directiva 90/434/CEE”*¹¹.

¹¹ González Villareal, M, “La operación de escisión total no proporcional: la legislación española establece condiciones indebidamente restrictivas al beneficio de la neutralidad fiscal”.

Esta proporcionalidad responde a la forma en la que se atribuye a los socios de la sociedad escindida, los títulos de las sociedades beneficiarias.

Pues bien existen dos tipos de proporcionalidad:

- Cuantitativa: indica que la proporción de títulos debe ser “fijada en función del valor real del patrimonio de la sociedad escindida y de las beneficiarias, de tal forma que el socio de la entidad objeto de escisión deberá recibir acciones o participaciones de las beneficiarias conservando el valor económico que mantenía en la sociedad escindida a través de la ecuación de canje”
- Cualitativa: establece que los socios de las sociedades escindidas deberán pasar a ser socios de las sociedades beneficiarias en la misma proporción en la que eran antes.

Serán, por tanto, operaciones de escisión proporcionales cuando se den ambas proporcionalidades, y escisiones no proporcionales cuando se de únicamente la proporcionalidad cuantitativa.

Es aquí donde surge el problema, ya que la LIS establece un requisito adicional para la correcta aplicación del régimen fiscal especial en las escisiones no proporcionales, que es que los patrimonios transmitidos a las sociedades beneficiarias constituyan “ramas de actividad”. La Comisión ha considerado que el hecho de requerir este requisito adicional supone, de forma indebida, una restricción a la aplicación del régimen fiscal especial.

Aunque ya ha sido tratado con anterioridad, recordemos que, se entiende por rama de actividad al *“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”*.

Junto a esto, cabe añadir la difícil interpretación de este concepto jurídico indeterminado, que ha supuesto una gran conflictividad y litigiosidad

administrativa y que, no ha sido abordado de forma directa por la Dirección General de Tributos.

Por tanto, y a modo de resumen, seguramente este procedimiento iniciado por la Comisión frente a la transposición española de la Directiva 90/434/CEE pondrá fin a las restricciones que se vienen poniendo frente a las escisiones totales no proporcionales.

Muchas son las resoluciones que han venido tratando esta cuestión, como por ejemplo la resolución CV 368/18 de 12 febrero, 614/18 de 7 marzo y 1100/18 de 26 abril de la DGT.

4. LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN DERIVADA DE LAS NORMAS DE VALORACIÓN

El artículo 88 LIS, que fue modificado en 2017 por el Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre (RCL 2016, 1340) establece lo siguiente: “1. *A los efectos de evitar la doble imposición que pudiera producirse por aplicación de las reglas de valoración previstas en los artículos 79, 80.2 y 87 de esta Ley, los beneficios distribuidos con cargo a rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la exención sobre dividendos, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio y su antigüedad. Igual criterio se aplicará respecto de las rentas generadas en la transmisión de la participación o a través de cualquier otra operación societaria cuando, con carácter previo, se hayan integrado en la base imponible de la entidad adquirente las rentas imputables a los bienes aportados.* 2. *Cuando no hubiera sido posible evitar la doble imposición, la entidad adquirente practicará, en el momento de su extinción, los ajustes de signo contrario a los que hubiere practicado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 79, 80.2 y 87 de esta Ley. La entidad adquirente podrá practicar los referidos ajustes de signo contrario con anterioridad a su extinción, siempre que pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión.*”

En este artículo se establecen una serie de normas para evitar la doble imposición susceptible de producirse tras la aplicación de las normas de valoración establecidas en los artículos 79, 80.2 y 87 LIS.

Por un lado, se establece que los beneficios distribuidos con cargos a rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la exención sobre dividendos, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio, así como su antigüedad. Hay que añadir que, en el caso de que sea una aportación no dineraria especial, cabría la aplicación de este artículo siempre y cuando las sociedades cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 87 LIS, que serán dos:

- Que la sociedad adquirente tenga su residencia o un establecimiento permanente en territorio español
- Que la aportación no dineraria especial suponga a la sociedad transmitente una participación de, mínimo, un 5% del capital de la sociedad adquirente

Por otro lado, siguiendo lo establecido en el apartado 2 del artículo 88 LIS, puede llegar a darse el caso en el que no se apliquen estas reglas y por tanto no se evite la doble imposición. En estos casos, la sociedad adquirente podrá, en el momento de su extinción, “practicar los ajustes necesarios con signo contrario a los que hubiere efectuado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 79, 80.2 y 87 LIS”¹² mencionados anteriormente.

Siguiendo en esta línea, este mismo apartado refleja la posibilidad de que la sociedad adquirente practique estos ajustes fiscales de signo contrario antes de su extinción, siempre y cuando quede probado que la participación ha sido efectivamente transmitida por sus socios.

Además, cabe mencionar el particular caso en que los bienes recibidos se hubieran registrado por su valor razonable. En este tipo de casos particulares se podrá llevar a cabo un ajuste de signo contrario a los que se hubieran practicado con anterioridad al momento de integrarse la renta diferida en la base imponible (*“teniendo como limite la cuantía que se haya integrado en la*

¹² “Reestructuraciones empresariales: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades”, Doc 2003/523, Aranzadi Fiscal, Thomson Reuters. Fecha ultima visita: 22/03/2021

base imponible del socio con ocasión de dicha transmisión”¹³), ya que así quedó reflejado en la resolución de la DGT CV 5459/16 de 27 diciembre (PROV 2017, 69806).

VI. CONCLUSIÓN

El régimen fiscal especial regulado en el Capítulo VII del Título VII de la LIS establece un régimen de diferimiento en la tributación de las plusvalías en las operaciones de reestructuración, es decir, fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores. Estas operaciones tienen un punto en común, y es que afectan de forma directa a la estructura del patrimonio de las sociedades determinadas.

Este régimen fiscal especial será aplicable a estas operaciones, siempre que se cumplan con los requisitos necesarios, salvo que se comunique lo contrario de forma expresa.

Este régimen no supone una exención en la tributación de dichas plusvalías, sino que el régimen establece un mecanismo de diferimiento de estas. Por tanto, estas plusvalías tributarán en el IS cuando las entidades adquirentes transmitan a un tercero dichos elementos patrimoniales que se hubieran beneficiado por el diferimiento (también cuando las circunstancias de las sociedades participantes hayan cambiado, ya que sino, la Administración no podría gravar nunca esas plusvalías.

El objetivo principal de este régimen fiscal especial que regula las reestructuraciones empresariales es impedir que el sometimiento al gravamen del Impuesto de sociedades actúe como elemento desincentivador para la finalización de dichas reestructuraciones. Este régimen tampoco pretende actuar como elemento incentivador, sino que, el legislador pretende crear un marco de neutralidad fiscal. En todo caso, lo que el legislador pretende evitar con este marco de neutralidad fiscal es evitar que se lleven a cabo reestructuraciones empresariales con el fin de obtener ventajas fiscales.

De este modo, la aplicación del régimen fiscal especial queda supeditado a la concurrencia de motivos económicos válidos en la reestructuración empresarial

¹³ “Reestructuraciones empresariales: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades”, Doc 2003/523, Aranzadi Fiscal, Thomson Reuters. Fecha última visita: 22/03/2021

correspondiente, evitando que se lleven a cabo reestructuraciones empresariales con el fin último de obtener ventajas fiscales. Este requisito es uno de los más conflictivos, debido principalmente a su ambigüedad y difícil interpretación.

Este concepto es indeterminado, pero está siendo concretado paulatinamente por la jurisprudencia y doctrina, tanto española como comunitaria. Del análisis de la jurisprudencia española podemos concluir que, aunque en una operación de reestructuración exista una fiscalidad favorable, puede seguir cumpliendo este requisito, ya que es totalmente compatible con la concurrencia de motivos económicos válidos. Como hemos podido comprobar, los motivos económicos válidos no están tasados, ya que existen una gran variedad, por tanto, el estudio de la existencia o no de motivos económicos válidos se deberá de llevar a cabo para cada caso concreto.

Cabe mencionar que, gracias al análisis de la jurisprudencia, hemos podido comprobar como el requisito de la existencia de motivos económicos válidos, está siendo concretado de forma paulatina por el legislador, dotando de mayor rigurosidad y detalle a cada término y concepto fundamental del mismo.

Con todo esto, considero que el régimen fiscal especial cumple la función con la que fue creado por el legislador, es decir, fomentar las reestructuraciones empresariales bajo un marco de neutralidad fiscal..

De todas maneras, y desde mi punto de vista, se debería de especificar y legislar más en profundidad ciertos conceptos o términos jurídicos, para facilitar la interpretación y aplicación del régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales. Es obvio que no se puede establecer de forma detallada en que casos existen o no motivos económicos válidos, ya que, como hemos podido comprobar, son muy variados. Pero, por ejemplo, el concepto de unidad económica autónoma, desde mi punto de vista, es un concepto que podría ser detallado por el legislador de forma mucho más clara, o al menos, podría dotar de mecanismos para el estudio y la interpretación de dicho concepto.

Desde mi punto de vista, el régimen fiscal especial cumple una función de vital importancia, aún más en tiempos post-pandemia, ya que permite la supervivencia de empresas que no podrían continuar con su actividad económica por sí solas. En una época

donde se van a llevar a cabo una cantidad importante operaciones de reestructuración, resulta indispensable tener a disposición de las empresas un régimen fiscal especial, bajo un marco de fiscalidad neutral, que le permitan posponer la tributación de las plusvalías generadas en dichas reestructuraciones.

VII. BIGLIOGRAFÍA

1. Legislación:

- Directiva 90/434/ CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros
- Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activas y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

2. Obras doctrinales

- Portillo Navarro, M^a J., (2019), *Manual de Fiscalidad: Teoría y Práctica*. Madrid: Editorial Tecnos
- Pérez Royo, F, (2020), *Curso de Derecho Tributario: Parte Especial*. Madrid: Editorial Tecnos
- Calvo, J. (2017). “La nueva exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores aplicable en el IS: análisis del nuevo régimen de repatriación de los dividendos. Revista Quincena Fiscal num.3/2017. Editorial Aranzadi
- Checa, C. (2009). “Los “motivos económicos válidos” que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión europea”. Revista Quincena Fiscal 1/20092/2009
- Martínez Muñoz, M (2020). “Las medidas de reestructuración empresarial tras la crisis del covid-19”. Repositorio de la Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

3. Jurisprudencia (Obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial)

- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016, (Rec. 1134/2014) (RJ 2016/1395)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016. TS 1218/2016,

4. Material de internet:

- Calvo, J. (2011). Análisis de los distintos conceptos mercantiles sobre los que opera el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión europea. Su proyección fiscal. “Fusiones y escisiones de sociedades aspectos prácticos fiscales y contables”. Madrid: Editorial La Ley
- González Villareal, M, “La operación de escisión total no proporcional: la legislación española establece condiciones indebidamente restrictivas al beneficio de la neutralidad fiscal”. <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10001-la-operacion-de-escision-total-no-proporcional-la-legislacion-espanola-establece-condiciones-indebidamente-restrictivas-al-beneficio-de-la-neutralidad-fiscal> . Última visita 14/04/2021.
- Guías tributarias: las operaciones de reestructuración empresarial, Asesorlex, www.asesorlex.com. [https://www.asesorlex.com/secciones/10.-%20Las%20operaciones%20de%20reestructuraci%C3%B3n%20empresarial\(1\).pdf](https://www.asesorlex.com/secciones/10.-%20Las%20operaciones%20de%20reestructuraci%C3%B3n%20empresarial(1).pdf). Última visita: 20/02/2021
- López, P, (2019) ¿Aplicamos Correctamente el Régimen Fiscal Especial en Supuestos de Reestructuración Empresarial? (2019): Wolters Kluwer. <http://pascuallopez.blogcanalprofesional.es/aplicamos-correctamente-el-regimen-fiscal-especial-en-supuestos-de-reestructuracion-empresarial-casos-de-aplicacion-practica/>. Última visita: 20/02/2021

- Navarro, M. (2016).” Motivos económicos validos.”. Cuaderno Aranzadi Jurisprudencia Tributaria. La neutralidad fiscal de las aportaciones de ramas de actividad. BIB 2016\4900. Editorial Aranzadi.
<https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?startChunk=1&endChunk=2&nstid=marginal&stid=marginal&infotype=biblos&marginal=BIB\2016\4900>. Última visita: 12/02/202

- “Reestructuraciones empresariales: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades”, Doc 2003/523, Aranzadi Fiscal, Thomson Reuters.
https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc500000178cfc1b2d8125e767a&marginal=DOC\2003\523&docguid=I6777c04075a011dbace3010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_doctrina;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=. Última visita: 12/02/2021

- Régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial (2015): Página web Gómez-Acebo & Pombo, 11/12/2014. <https://www.gap.com/publicaciones/regimen-especial-aplicable-a-las-operaciones-de-reestructuracion-empresarial/>. Última visita: 20/02/2021