



FACULTAD DE DERECHO

**RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE
LAS OPERACIONES DE
REESTRUCTURACIÓN
EMPRESARIAL**

Autor: José Guillermo Corral Ballano

5º E-3 A

Derecho Financiero y Tributario

Director: Ramón Casero Barrón

Madrid, Abril 2021

RESUMEN

El régimen fiscal de las operaciones de concentración o reestructuración empresarial se configura como un régimen especial de diferimiento regulado en la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/133/CE, que resulta de aplicación a las operaciones de fusión, escisión, aportaciones no dinerarias, canjes de valores y a las operaciones de cambio de domicilio social dentro del ámbito de la Unión Europea, siempre que se cumplan con unos determinados requisitos.

Bajo la premisa de que los impuestos y/o requisitos fiscales existentes puedan suponer un impedimento a la hora de ejecutar este tipo de operaciones, tiene su origen este régimen de neutralidad fiscal. Así, una de las mayores controversias en torno a este tipo de operaciones radica en la ausencia de motivos económicos válidos como premisa de una posible evasión fiscal. No obstante, el concepto de motivos económicos válidos no se encuentra expresamente definido bajo ningún tipo de normativa, ni a nivel nacional ni comunitario, lo que ha provocado diferencias en cuanto a su interpretación jurídica.

Por estas razones, se ha pretendido realizar un estudio de la normativa jurídica aplicable, tanto a nivel interno como comunitario, de las operaciones de concentración que se encuentran sujetas a este régimen fiscal tan peculiar.

Palabras Clave: régimen fiscal especial, operaciones de concentración empresarial, motivos económicos válidos, cláusula antiabuso.

ABSTRACT

The tax regime for business restructuring operations is configured as a special deferral regime regulated in Corporate Income Tax Law, as a result of the transposition of Directive 2009/133/EC, which applies to merger operations, spin-offs, non-cash contributions, exchanges of securities and to operations of change of registered office within the scope of the European Union, provided that certain requirements are met.

This tax neutrality regime is based on the premise that existing taxes and/or tax requirements may be an impediment to the execution of these types of transactions. Thus, one of the major controversies surrounding this type of operations lies in the absence of valid economic motives as a premise of a possible tax evasion. However, the concept of valid economic motives is not expressly defined under any type of regulation, neither at national nor Community level, which has led to differences in its legal interpretation.

For these reasons, the aim has been to carry out a study of the applicable legal regulations, both at domestic and EU level, of the concentration operations that are subject to this peculiar tax regime.

Key Words: special tax regime, business restructuring operations, valid economic reasons, anti-abuse clause.

LISTADO DE ABREVIATURAS

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

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

LSC: Ley de Sociedades de Capital

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

Reglamento 4064/89: Reglamento (CEE) número 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas

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

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

Directiva 2005/19/CE: Directiva del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros

Real Decreto Legislativo 1/2010: Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Ley 29/1991: Ley de 16 de diciembre de 1991, por la que se traspone la Directiva 90/434/CEE, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas

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

IS: Impuesto sobre Sociedades

TPO: Transmisiones Patrimoniales Onerosas

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

OS: Impuesto sobre Operaciones Societarias

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

CE: Consejo Europeo

SE: Sociedad Europea

SCE: Sociedad Cooperativa Europea

DGT: Dirección General de Tributos

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IRNR: Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

AIE: Agrupación de Interés Económico

UTE: Unión Temporal de Empresa

TRLIS: Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

RTEAC: Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central

AN: Audiencia Nacional

TEAR: Tribunal Económico Administrativo Regional

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	- 2 -
ABSTRACT	- 3 -
LISTADO DE ABREVIATURAS	- 4 -
I. INTRODUCCIÓN	- 8 -
II. MARCO CONCEPTUAL: LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL	- 10 -
III. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL	- 14 -
3.1 REGULACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL	- 15 -
3.2 FUSIONES	- 17 -
3.3 ESCISIONES	- 21 -
3.4 APORTACIONES NO DINERARIAS	- 24 -
3.5 CANJE DE VALORES	- 28 -
3.6 CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EUROPEA O UNA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DE UN ESTADO MIEMBRO A OTRO DE LA UNIÓN EUROPEA..	- 30 -
IV. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS	- 32 -
4.1 CONCEPTO Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS	- 32 -
4.2 LOS MEVS EN EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL – LA CLÁUSULA “ANTIABUSO” -	35
-	
V. CONCLUSIONES	- 42 -
VI. BIBLIOGRAFÍA	- 44 -

I. INTRODUCCIÓN

Las operaciones de concentración o de reestructuración empresarial ostentan especial relevancia e interés dentro del abanico de posibilidades de actuación de las empresas en el mercado. El fenómeno de las concentraciones empresariales ha experimentado un incremento considerable, tanto a nivel nacional como internacional, en lo que respecta al número de operaciones efectuadas, como respuesta, entre otros, al fenómeno de la globalización o la internacionalización de los mercados. Por esta razón, unida al interés personal y profesional que me suscita el funcionamiento de este sector, he decidido escoger esta cuestión –el régimen fiscal especial afecto a la tributación de este tipo de operaciones– como el objeto de investigación del presente trabajo de fin de grado.

Las operaciones de fusión o adquisición de una compañía, así como cualquier otro proceso de reestructuración empresarial, se configuran como procesos largos y costosos que exigen una serie de fases de análisis previo (de carácter económico, jurídico, fiscal, social...) que permitan delimitar el grado de viabilidad de la operación a efectuar. Dentro de los diferentes aspectos a considerar, la regulación fiscal aparece como uno de los más oscuros y contradictorios a enfrentar por parte de la compañía, lo cual puede ocasionar potenciales situaciones de inseguridad jurídica. En diversas ocasiones, la puesta en práctica de este tipo de operaciones a nivel jurídico puede resultar barata, mas no a nivel fiscal, lo que puede llegar a encarecer el resultado final de la misma (Arís Perelló, 2015).

Con respecto a la normativa aplicable tanto a nivel comunitario como internacional, cabe reseñar la existencia del último reglamento europeo en materia de control de las concentraciones entre empresas (Reglamento nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004), el cual modifica el Reglamento nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. *“La realización del mercado interior y de la unión económica y monetaria, la ampliación de la Unión Europea y la reducción de las barreras internacionales al comercio y a la inversión seguirán dando lugar a importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente en forma de concentraciones”* (Reglamento nº 139/2004 del Consejo) son algunas de las razones que permiten justificar la necesidad de modificar el mencionado reglamento.

En la actualidad, el régimen fiscal que resulta de aplicación a esta clase de operaciones de concentración o reestructuración empresarial se encuentra recogido en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (arts. 76 a 89, ambos inclusive), que es transposición de la Directiva 2009/133/CE.

Se trata de un régimen fiscal especial que encuentra su origen y fundamento en una normativa de ámbito comunitario, la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, la cual ha sido sustituida y modificada por la Directiva 2009/133/CE, que añade dentro de esta clase de operaciones mencionada *supra*, el traslado del domicilio social de una Sociedad Europea (en adelante, SE) o una Sociedad Cooperativa Europea (en adelante, SCE) de un Estado miembro a otro de la Unión Europea (en adelante, UE).

Asimismo, es menester determinar que la razón de ser de este régimen fiscal es muy precisa: evitar que la fiscalidad suponga un obstáculo o estímulo con respecto a las operaciones de reorganización empresarial. Esto significa que lo que se pretende es la neutralidad fiscal, esto es, que la ejecución de este tipo de operaciones únicamente responda a intereses y motivos de racionalidad o rentabilidad económica, sin estar, por ende, alentadas por motivos de rentabilidad fiscal (Pérez Royo *et al.*, 2020).

En conclusión, lo que se pretende mediante el desarrollo del presente trabajo es delimitar el contexto y forma de aplicación del régimen fiscal especial respecto de las operaciones de reestructuración empresarial, identificar las diversas operaciones incluidas dentro de esta especial regulación fiscal, así como las consecuencias fiscales que derivan de la aplicación del mismo. Análogamente, se pretende deslindar los motivos económicos válidos respecto de aquellos otros motivos que no pueden aparecer detrás de una operación de este calibre, apreciando en todo momento la diferenciación entre normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria aplicable.

II. MARCO CONCEPTUAL: LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

En primer lugar, cabe reseñar qué se entiende en la normativa comunitaria por una concentración del tipo empresarial. De acuerdo con lo que se puede extraer del art. 3 del Reglamento 139/2004 del Consejo, se entiende que se produce una concentración económica cuando tiene lugar un cambio duradero del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de: (i) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes o (ii) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas o (iii) la creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (Reglamento 139/2004 CE).¹

No obstante, para que se entienda que se ha adquirido verdaderamente el control de la totalidad o parte de una compañía, es necesario que las personas o empresas que persigan dicho fin, bien sean titulares de derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en su conjunto, les confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa (ya sea sobre el órgano de decisión de la empresa o sobre la propiedad o uso de totalidad o parte de los activos de la misma); bien, sin ser titulares de los mencionados derechos ni beneficiarios de los contratos, puedan ejercer derechos inherentes sobre los mismos.

Tal y como se ha mencionado *supra*, la normativa nacional aplicable a las operaciones de concentración empresarial se encuentra recogida en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), más concretamente, en su Capítulo VII del Título VII. En consonancia con lo dispuesto en el mencionado capítulo, las operaciones a tener en cuenta para el estudio del régimen fiscal especial aplicable serán las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y los cambios de domicilio social de determinadas sociedades.

¹ La misma información también puede ser extraída del art. 2 de la Directiva 2009/133/CE.

Pese a que en el apartado tercero del presente trabajo (*III. Régimen Fiscal Especial*) se procederá a un estudio más detallado de las citadas operaciones, en este apartado se llevará a cabo un breve acercamiento de sus conceptos. Dado que el régimen fiscal aplicable a este tipo de operaciones se encuentra recogido en los arts.76 a 89, inclusive, de la LIS, se procede a exponer qué es lo que entiende dicha normativa con respecto a estas operaciones.

En este sentido, el primer precepto (art. 76 LIS) se limita a incluir una definición de cada una de las operaciones a tener en cuenta en los procesos de concentración y reestructuración empresarial.

El primer apartado del citado precepto hace referencia a las operaciones de fusión. A la luz de lo expuesto, se entiende que tendrán la consideración de fusión tres tipos de operaciones. En primer lugar, la llamada *fusión por absorción* incluye a aquellas operaciones mediante las cuales una o varias empresas transmiten a otra entidad ya existente, en el momento de su disolución sin proceder a la liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, a través de la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la entidad resultante (art. 76.1 a) LIS). En segundo lugar, se engloban también dentro de este concepto aquellas operaciones por las que dos o más entidades transmiten en bloque a otra sociedad nueva, en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus respectivos patrimonios sociales, subsanando dicha transmisión a los socios con valores representativos del capital social que conformará la nueva entidad (también conocida como *fusión por constitución de una nueva sociedad*) (art. 76.1 b) LIS). Por último, la *fusión impropia* engloba a toda aquella operación en la que una entidad transmite, en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que previamente era titular de la totalidad del capital social de la primera (art. 76.1 c) LIS).

El segundo apartado del precepto en cuestión hace mención a las escisiones. Como en el caso de las fusiones, varias operaciones pueden englobarse bajo este concepto. Primeramente, se considera escisión a aquella operación mediante la cual una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social para así transmitirlo en bloque a dos o más entidades, de existencia previa o no, atribuyendo a los socios de la

entidad disuelta sin liquidación, valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de forma proporcional a lo transferido (art. 76.2.1º a) LIS).

Asimismo, se entenderá también por escisión a aquella operación por la que una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social, en forma de ramas de actividad, para transmitir las en bloque a una o varias entidades, ya existentes o de nueva creación, con la particularidad de que conserve en su patrimonio, bien una rama de actividad, bien participaciones respecto del capital social de las entidades adquirentes. A cambio de estas participaciones sociales, la entidad transmitente recibe valores representativos del capital social de la/s entidad/es adquirentes, los cuales deberán atribuirse a los socios en proporción a sus respectivas participaciones sociales (art. 76.2 1º b) LIS).

En tercer y último lugar, puede darse la casuística de que una entidad decida segregar una parte de su patrimonio social, el cual esté previamente constituido por participaciones conformadoras del total del capital social de otra entidad, para posteriormente transmitirla en bloque a una o varias entidades, ya existentes o de nueva creación. Pese a esto, la entidad transmitente deberá mantener en su patrimonio, como mínimo, bien participaciones de similares características en el capital de otra/s entidad/es, bien una rama de actividad, por las que recibirá a cambio valores representativos del capital social de las últimas. Paralelamente al segundo caso, de nuevo estos valores deberán ser atribuidos a sus socios en proporción a las participaciones que ostenten actualmente en la entidad (art. 76.2 1º c) LIS).

El tercer apartado del precepto 76 de la LIS define a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad como aquellas operaciones por las que una entidad aporta, sin ser disuelta en ningún momento, a otra entidad, ya existente o de nueva creación, una o más ramas de su actividad a cambio de las cuales recibe valores representativos del capital social de la entidad adquirente (art. 76.3 LIS). A estos efectos, se debe entender por “rama de actividad” una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, capaz de funcionar por sus propios medios (Pérez Royo *et al.*, p. 519, 2020).

En el apartado quinto del precepto en estudio se entiende que deben considerarse como canje de valores representativos del capital social aquellas operaciones mediante las que una entidad adquiere una participación en el capital social de otra, necesaria para así

obtener la mayoría de los derechos de voto en la misma o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación. De forma análoga a los casos de escisión, se deberá proceder a la atribución a los socios de valores representativos del capital social de la entidad adquirente en proporción a aquellos valores que ostenten de la entidad adquirida (art. 76.5 LIS).

En el último apartado del precepto estudiado se hace referencia a las operaciones de cambio de domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la UE, respecto de aquellos bienes y derechos situados en territorio español que puedan quedar afectados de forma ulterior a un establecimiento permanente en dicho territorio (art. 76.7 LIS). Es menester destacar la introducción de este último apartado bajo la regulación de este precepto y, por ende, del régimen fiscal especial que se recoge en el mismo, tras la redacción de la Directiva 2009/1333/CE (*“A estos efectos, las reglas previstas en este régimen especial para los supuestos de transmisiones de bienes y derechos serán de aplicación a las operaciones de cambio de domicilio social, aun cuando no den lugar a dichas transmisiones”*).

No obstante, cabe mencionar en última instancia, pese a que se desarrollará en un apartado ulterior de forma más minuciosa, los diferentes motivos que puedan inducir a una entidad a ejecutar alguna de las operaciones definidas *supra*. Ciertamente, son varios los factores que pueden llegar a explicar la búsqueda de concentración por parte de las empresas, ya que este tipo de operaciones puede responder a motivos económicos, financieros, comerciales, técnicos...(Bolívar Gacitúa, 2013)

De hecho, sólo de carácter económico se pueden presentar múltiples razones: sinergias operativas, búsqueda de economías de escala, mejoras en la gestión, mayor poder de mercado, empleo de fondos excedentes, combinación de recursos complementarios o el intento de diversificar el riesgo, entre otros (Mascareñas, 2011).

III. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL

Así como se ha hecho mención de forma previa, la normativa comunitaria aplicable en la actualidad (Reglamento 139/2004/CE y la Directiva 2009/133/CE) tiene como misión velar por la libre competencia dentro del mercado interior y la unión económica y monetaria presente dentro de los Estados miembros de la UE. Puesto que la UE pretende hacer efectivos, además de los mencionados, otros objetivos como la ampliación de su propia extensión o la reducción de las barreras internacionales al comercio y la inversión, las operaciones de reestructuración y concentración empresarial dentro de los diferentes Estados miembros seguirán sucediéndose.

Es por esta razón que la ejecución de operaciones de este calibre no puede estar supeditada a lo dispuesto por la regulación estatal de cada uno de los Estados miembros. En consecuencia, la Directiva 2009/133/CE promulga la creación de un régimen fiscal común que pueda evitar la imposición de penalizaciones con origen en la normativa estatal de cada uno de los miembros de la unión.

Por consiguiente, y en línea con lo mencionado previamente en el apartado I de este trabajo, cabe recordar que el principal objetivo de esta regulación consiste en la búsqueda de la neutralidad fiscal, esto es, poder alcanzar un contexto fiscal neutro en el que la regulación fiscal no suponga ningún tipo de traba o incentivo en la decisión de ejecutar una operación de reestructuración empresarial. Es decir, se aspira a que este tipo de operaciones respondan única y exclusivamente a motivos de lógica económica, tal y como se detallará de forma pormenorizada en el siguiente capítulo.

Por último, es necesario destacar que todas las operaciones mencionadas en el epígrafe anterior suponen una serie de desplazamientos patrimoniales que, con arreglo a lo que se configura como el régimen general del IS (art. 17 LIS), llevarían a las entidades que las efectúen a integrar las plusvalías latentes resultantes de las operaciones dentro de la base imponible del impuesto. No obstante, la especialidad de este régimen fiscal supone un diferimiento en la tributación de tales plusvalías latentes, esto es, las sociedades que decidan realizar la transmisión patrimonial en cuestión no están obligadas fiscalmente a integrar renta alguna en su base imponible.

3.1 Regulación del régimen fiscal especial

Una vez delimitado el marco regulatorio a nivel comunitario, cabe recordar la regulación que rige a nivel estatal dentro de nuestras fronteras. En este sentido, la normativa actual respecto de las concentraciones de empresas y la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de determinadas sociedades, se encuentra recogida en la LIS. En concreto, se recuerda que este régimen especial se desarrolla en el Capítulo VII del Título VII de la mencionada ley (arts. 76-89, ambos inclusive). Pese a que esta regulación tenga su origen en la Directiva 1990/434/CE, en la actualidad proviene de la transposición de la Directiva 2009/133/CE, esto es, la directiva contenedora del régimen fiscal común aplicable a las operaciones de concentración empresarial antes detalladas.

Una vez introducido el régimen fiscal a aplicar para este tipo de operaciones, resulta necesario recalcar un hecho de gran relevancia. A saber, dicho régimen fiscal, a diferencia de otros, no afecta a determinados sujetos pasivos del impuesto atendiendo a su naturaleza concreta, sino que afecta a determinadas operaciones al margen de quienes las realicen y del régimen de tributación que tengan dentro del IS. Por tanto, los sujetos pasivos que concierten este tipo de operaciones de concentración empresarial tributarán, por lo común, en el régimen general del impuesto con la singularidad de que en relación con este tipo de operaciones, en vez de aplicar el régimen común dispuesto en el art. 17 LIS, se aplicarán las previsiones contenidas en el Capítulo VII del Título VII (Pérez Royo *et al.*, 2020).

De esta manera, tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2015 de la Ley 27/2014 (LIS), este régimen especial pasa a configurarse como el régimen general de aplicación respecto a las operaciones de reorganización empresarial. Esto es, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, la aplicación del régimen general recogido en el artículo 17 de la LIS únicamente tendrá lugar cuando se comunique expresamente a la Administración Tributaria la no intención de optar por la aplicación del régimen fiscal especial.

Es decir, la actual Ley 27/2014 del IS cambia radicalmente el procedimiento para aplicar el régimen fiscal especial de reestructuraciones que venía aplicándose desde la Ley 29/1991. Deja, por ende, de ser un régimen opcional y pasa a ser un régimen que se

aplicará automáticamente, salvo que se renuncie expresamente a él, lo cual implica que se de cumplimiento fiel a lo que dispone la Directiva 2009/133/CE (García-Olías Jiménez, 2018).

Por todas estas razones, esta regulación no se trata realmente de un régimen especial del IS, sino que es transversal, es decir, afecta a todas las figuras impositivas en relación con este tipo de operaciones. Así, no estarán sujetas a IVA, no sujetas o exentas en TPO, exentas en OS, o no sujetas al IIVTNU (Pérez Royo *et al.*, 2020).

Eso sí, cabe resaltar la posibilidad de que la entidad adquirente pueda comunicar de forma expresa su opción de acogerse al régimen común, en vez de aplicar el régimen especial. Esto se debe a que este régimen especial tiene carácter voluntario, pudiéndose llegar a renunciar total o parcialmente a su aplicación. Tal renuncia expresa deberá hacerse a través de la comunicación de la operaciones a la Administración tributaria, según dispone el art. 89 LIS. Adicionalmente, dicha comunicación corresponderá a la entidad adquirente, salvo que la misma no fuese residente español a efectos fiscales, en cuyo caso será la entidad transmitente la encargada de efectuar la comunicación correspondiente. Para que resulte de aplicación, en la comunicación se deberá indicar el tipo de operación de que se trata (ya sea una fusión, escisión, canje de valores...) y la intención de optar por la no aplicación del régimen fiscal especial (Pérez Royo *et al.*, 2020). En caso de que ninguna de las dos entidades sean residentes en territorio español, el último precepto del mencionado capítulo dispone lo siguiente: *“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”* (art. 89 LIS).

Por último, se subraya de nuevo que la aplicación de este tipo de régimen especial deberá estar condicionada a la existencia de algún motivo de lógica económica válido que justifique la operación, tal y como relata el segundo apartado del mencionado art. 89 LIS: *“2. 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". Esto es sólo una mera introducción, dado que la cuestión de la presencia de un motivo económico válido dentro de este tipo de operaciones será detallado de forma más específica en el punto IV del presente trabajo.

3.2 Fusiones

La primera de las operaciones de concentración empresarial que queda regida por este régimen fiscal especial, tal y como se desprende de la LIS y de la Directiva 2009/133/CE, es la fusión. A la luz de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales (en adelante, LME) de las sociedades mercantiles, el concepto de fusión es recogido de la siguiente forma: *"En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan"*.

Tal y como se mencionó en apartados anteriores, la normativa estatal y comunitaria distingue tres tipos de fusión: la fusión por absorción, la fusión por constitución y la fusión impropia.

Primeramente, la fusión por absorción engloba a todas aquellas operaciones por medio de las cuales una o varias entidades transmiten en bloque otra entidad ya existente, en el momento de su disolución sin proceder a la liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la entidad resultante o, en su caso, de una compensación en forma de dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al mismo (art. 76.1 a) LIS y art. 2 a) i) Directiva 2009/133/ CE).

En segundo lugar, se entiende por fusión por constitución aquella operación en virtud de la cual dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transmiten en bloque a otra entidad, en este caso de nueva creación (a diferencia de la fusión por absorción), la totalidad de sus patrimonios. Al igual que en el caso de las fusiones por absorción, a cambio de la transmisión patrimonial, se atribuye a

los socios de las entidades transmitentes títulos representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al mismo (art. 76.1 b) LIS y art. 2 a) ii) Directiva 2009/133/ CE).

En tercer y último lugar, se encuentran las fusiones impropias, las cuales engloban a toda operación en la que una entidad transfiere, en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la sociedad que posea la titularidad de la totalidad de sus valores representativos de capital social (art. 76.1 c) LIS y art. 2 a) iii) Directiva 2009/133/ CE). Como se puede observar, a diferencia de las otras operaciones de fusión, en las fusiones impropias no tiene lugar ningún tipo de atribución de valores a los socios de la entidad inicial (y por ende, ningún tipo de operación de aumento de capital o de canje de acciones), puesto que son estos mismos socios los que conformarán la totalidad de la masa social de la entidad absorbente.

Pese a que en este tipo de operaciones -también llamadas por la propia LME como absorciones de sociedades íntegramente participadas- no concurre uno de los requisitos que conforman el contenido mínimo de los proyectos de fusión en concordancia con el art. 31 LME, la propia ley en su precepto número 49 reconoce la posibilidad de llevar a cabo la operación sin necesidad de que concurren algunos de los requisitos mencionados en el artículo 31 de la ley. A este respecto, los autores López Tello y Cremades Schulz afirman lo siguiente: *“Es cierto que falta el aumento de capital de la sociedad absorbente, y con ello la atribución a los socios de la absorbida de valores representativos del capital social de la absorbente, pero ello es consecuencia natural del proceso de fusión en este caso, pues al no existir en la sociedad absorbida otros socios que la propia sociedad absorbente no procede el establecimiento de la relación de canje para la incorporación de los socios de la absorbida a la absorbente, y, por tanto, no es preciso el aumento de capital en la sociedad absorbente para atender al canje. No se olvide, además, que la tenencia por la sociedad absorbente de acciones o participaciones en el capital de la absorbida está específicamente contemplada, sin límite en el porcentaje de participación, en el artículo 89.1 LIS —y en el mismo sentido en el artículo 7 de la Directiva 90/434/CEE—, artículo que precisamente regula dentro del régimen especial los efectos fiscales de la anulación de esa participación por causa de la fusión”* (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

Ahora bien, la polémica emerge en lo que se refiere al encaje de ciertas operaciones dentro de este mismo régimen fiscal especial, como podría ser el caso de las fusiones especiales y las fusiones inversas.

Por un lado, nos encontramos con las fusiones especiales, dentro de las cuales se pueden destacar dos: la absorción de una sociedad íntegramente participada de forma indirecta (art. 49.2 LME) y la absorción de una sociedad participada al 90% (arts. 50 y 51 LME).

Con respecto a la primera, la principal problemática proviene de la titularidad compartida en torno a la totalidad del capital social de la sociedad absorbida, esto es, que exista más de una sociedad titular de valores del capital social de la absorbida sin que participe en el proceso de fusión. Asimismo, puede darse el caso de que la sociedad absorbente no se configure como socia directa de la sociedad absorbida, sino más bien como poseedora indirecta de la totalidad de los valores sociales. En ambos casos, no se estaría cumpliendo con exactitud lo dispuesto en el art. 76.1 c) LIS, además de no existir realmente aumento de capital en la sociedad absorbente, mas algunos autores consideran que esta problemática debería resolverse atendiendo al juicio de efectos equivalentes -operaciones con efectos análogos a los de las contenidas en la LIS deberían quedar bajo aplicación del régimen fiscal especial-, o al principio de calificación unitaria -todas aquellas operaciones recogidas en la LME deben incluirse bajo el régimen fiscal especial- (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

Con respecto a la segunda, los artículos 50 y 51 de la LME contienen el supuesto de fusión de una sociedad o sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que estén participadas de forma directa en, al menos, el 90% de su capital social por parte de la sociedad absorbente. Para este caso, la LME permite prescindir de algunos requisitos formales de la fusión en tanto en cuanto la sociedad absorbente ofrezca a los socios minoritarios la compra de sus acciones o participaciones sociales a valor razonable con carácter previo a la fusión. En base a esta casuística, las tres alternativas formuladas por el art 50 LME permitirían a la fusión resultante tener encaje dentro del régimen fiscal especial, por lo que no habría mayor controversia al respecto. No obstante, cabe tener en cuenta que el escenario sería muy distinto en caso de que el régimen se pretenda extender a la operación previa de adquisición de acciones o participaciones de la sociedad

absorbida, dado que esta adquisición, y sus potenciales plusvalías latentes, sí que quedarían excluidas del régimen fiscal especial. *“En este sentido, la normativa fiscal supone un incentivo para que el socio minoritario no venda, sino que canjee sus acciones o participaciones por acciones o participaciones de la absorbente, ya que ese canje sí se puede acoger a la neutralidad fiscal”* (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

Por otro lado, las denominadas fusiones inversas son aquellas en las que el escenario, tal y como su nombre indica, se invierte respecto del general, lo que supone que en este caso, la sociedad absorbida es la que se configura como la titular, directa o indirectamente, de la totalidad de las acciones o participaciones que conforman el capital social de la absorbente. En este caso, resulta necesario analizar el encaje en el régimen fiscal especial de este tipo de fusión diferenciando entre participación directa e indirecta. En el caso de que la participación sea directa por parte de la absorbida, el supuesto encaja perfectamente con lo dispuesto en el art. 76 LIS dado que sí existe en este caso atribución de valores representativos del capital de la sociedad absorbente a los socios de la sociedad absorbida. Así, en un ejemplo de consulta vinculante a la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) nº V0503-20, de 27 de febrero de 2020, se analiza la posibilidad de que una fusión inversa directa pueda enmarcarse dentro del régimen fiscal especial, a lo que se entiende que mientras se atenga lo dispuesto por el art. 76.1 a) LIS y al art. 22 y ss. LME, se enmarcará dentro de la regulación de este régimen fiscal especial.

Ahora bien, en el caso de que la participación que ostente la sociedad absorbida sea indirecta, la sociedad absorbente, al recibir el patrimonio de la absorbida, adquirirá también las acciones o participaciones de la sociedad intermedia, que serán las que, en su caso, entregue a los socios de la absorbida, por lo que no parece que pueda tener encaje en la definición fiscal de fusión por absorción (artículo 76.1 a) LIS), ya que ésta exige que los socios de la absorbida reciban valores representativos del capital de la absorbente. En conclusión, este tipo de fusión inversa, a diferencia de la anterior, sí que quedaría excluida del ámbito de la definición de fusión a efectos fiscales de la LIS.

3.3 Escisiones

Las escisiones se configuran como el segundo grupo de operaciones de reestructuración empresarial al que es aplicado el régimen fiscal especial. Más concretamente, este tipo de operaciones se regulan en el art. 76.2 LIS y en el art. 2 b) y c) de la Directiva 2009/133/CE. Asimismo, la LME también dedica una serie de preceptos a su regulación, los cuales se encuentran ubicados en su artículo 68 y sucesivos.

En términos generales, la escisión es definida como aquella operación que entraña la división total o parcial del patrimonio de una sociedad para que se transmita, sin que medie liquidación alguna, en bloque cada una de las partes a otras tantas empresas preexistentes o que se crean con ese objetivo.

Paralelamente a lo que sucede en el caso de la regulación de las fusiones, en las operaciones de escisión la LIS traspone el mismo concepto que se precisa en la Directiva 2009/133/CE. Así, del artículo 76.2 LIS se pueden deducir tres clases de escisión.

En primer lugar, el precepto expone que tendrá la consideración de escisión, bajo el nombre de escisión total, aquella operación por la cual *“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”* (art. 76.2 1º a) LIS).

De esta definición –así como de la que se deduce del art. 2 b) de la Directiva 2009/133/CE– se puede llegar a la conclusión de que la divergencia entre este tipo de operación y una operación de fusión por absorción o de constitución de nueva sociedad no es muy importante. Eso sí, a diferencia de estas últimas, en las escisiones totales el patrimonio de la sociedad escindida no es transferido a una sola entidad ya existente o de nueva creación, sino a varias, lo cual explica el por qué de dividir el total de la masa patrimonial en al menos dos o más partes. Para finalizar, cabe reseñar la concordancia

existente entre la definición fiscal extraída de la LIS y el concepto de escisión total recogido en la normativa mercantil (art. 69 LME).

En segundo lugar, el apartado b) del artículo 76.2 hace referencia a las escisión parcial, entendida esta última como aquella operación en virtud de la cual *“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”* (art. 76.2 b) LIS).

Tal y como se desprende de la definición aportada por la LIS, cabe reseñar las diversas diferencias existentes con respecto a las escisiones totales. Así, a diferencia de lo que sucede en el caso de aquéllas, es necesario que cada una de las partes en las que se divide el patrimonio de la sociedad escindida conformen una rama de actividad², un concepto que no se menciona en ningún momento en el primer apartado del precepto 76. Además, la sociedad transmitente deberá mantener en su patrimonio al menos una rama de actividad, o bien participaciones en el capital de otras sociedades que representen la mayoría del capital de estas. En consecuencia, como la sociedad transmitente no se extingue –a diferencia del mismo concepto de sociedad en las escisiones totales–, se deberá efectuar una reducción del capital social o de las reservas en la cuantía que se requiera. Cabe añadir que, en todo caso, se podría efectuar una compensación en dinero, siempre que no supere el diez por ciento del valor nominal. Finalmente, cabe reseñar que este tipo de operación se recoge de manera muy similar en la legislación mercantil (art. 70 LME), con la única particularidad de que en esta última se hace uso del concepto de “unidad económica” en vez del de “rama de actividad”, lo cual no supone mayores consecuencias en lo práctico.

² De acuerdo con el artículo 2 j) de la Directiva 2009/133/CE: *“«rama de actividad»: el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*.

Por último, la LIS incluye dentro del apartado c) de su artículo 76.2 a las conocidas como escisiones parciales financieras, las cuales son definidas como aquellas operaciones mediante las cuales *“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”* (art. 76.2 c) LIS). Es menester resaltar la no mención de este tipo de escisiones dentro de la normativa europea, más concretamente, en la Directiva 2009/133/CE, en la cual únicamente se hace referencia a las escisiones totales y parciales.

Este tipo de concentraciones acogen el apellido de “parciales” dado que cumplen con el mismo requisito que las escisiones parciales descritas en el apartado b) del mencionado precepto, esto es, la necesidad de la sociedad escindida de mantener en su patrimonio, como mínimo, una rama de actividad o participaciones en el capital de otras sociedades que representen la mayoría del capital de estas. Asimismo, la entidad transmitente deberá efectuar la reducción de capital social y de reservas consecuente con la transmisión sin disolución de parte de su patrimonio. Además, se permite también la posibilidad de compensación en dinero, siempre y cuando no supere el diez por ciento del valor nominal.

Sin embargo, se pueden advertir dos peculiaridades de la escisión financiera respecto de la escisión parcial. Básicamente, no se exige que el patrimonio segregado se constituya en la forma de una rama de actividad, así como sí se requiere la constitución del patrimonio dividido en forma de participaciones que otorguen una mayoría en el capital social de otras entidades.

Por último, el acogimiento de este tipo de escisión al régimen fiscal especial estará supeditado al cumplimiento de los diversos requisitos contenidos en la regulación mercantil y en la normativa fiscal de la LIS (art. 76.2 1º c)). En primer lugar, el patrimonio que se segrega debe estar constituido por participaciones mayoritarias en otras

sociedades. Por otro lado, la sociedad transmitente no debe proceder a su disolución ni liquidación, por lo que seguirá existiendo y conservando en su patrimonio otras participaciones mayoritarias en otras sociedades, o bien una o varias ramas de actividad. En el caso de que se cumplieran ambos requisitos, la operación de escisión podría acogerse al régimen fiscal especial contenido en el capítulo VII del título VII de la LIS, tal y como se puede desprender de la siguiente consulta vinculante a la DGT: *“De conformidad con lo anterior, la operación de escisión planteada cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 76.2.1º.c) de la LIS, en la medida en que, de los datos que se derivan del escrito de consulta, parece desprenderse que el patrimonio segregado está compuesto por una participación mayoritaria en el capital social de B (en concreto, el 100%) y el que permanece en la consultante está constituido por la rama de actividad vitivinícola. En ese caso, la operación de escisión financiera planteada podría acogerse al régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, en las condiciones y con los requisitos establecidos en dicha normativa”* (Consulta Vinculante a la Dirección General de Tributos nº V0035-20, de 13 de enero de 2020).

3.4 Aportaciones no dinerarias

La tercera de las operaciones de concentración empresarial que puede verse afectada por el tratamiento singular del régimen fiscal especial son las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad. También conocidas como aportación de activos según el art. 2 d) de la Directiva 2009/133/CE, se encuentran definidas en el artículo 76.3 de la LIS de la siguiente forma: *“Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad 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”* (art. 76.3 LIS).

Al igual que en el caso de las escisiones parciales mencionadas *supra*, en este tipo de operaciones el concepto de rama de actividad recogido en el artículo 76.4 de la LIS cobra cierta importancia. Así, cabe mencionar que, para que pueda hablarse de rama de actividad, es necesario que la misma existiera previamente en la sociedad transmitente, esto es, su origen no debe radicar en la sociedad adquirente, puesto que en ese caso esta

última recibiría entonces solo un conjunto de elementos patrimoniales, sin llegar a constituirse en una explotación económica (Pérez Royo *et al.*, 2020).

Adicionalmente, este tipo de operaciones de concentración puede concretarse a través de un aumento del capital social de la entidad en base a la emisión de acciones que se deberán suscribir a través de las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad o bien a través de un contrato de permuta. A su vez, cabe reseñar que los valores que la entidad adquirente entregue por la aportación pueden ser tanto los emitidos expresamente con este fin, como los que procedan de su autocartera. Eso sí, la aportación de participaciones mayoritarias y minoritarias en entidades no es una rama de actividad ya que la dirección y gestión de participaciones no constituye una actividad económica, tal y como se desprende de la contestación a la Consulta Vinculante a la DGT nº V873/2014, de 31 Marzo 2014 (Memento Fiscal, 2021).

En cuanto a su distinción con respecto a las operaciones de fusión o escisión, cabe destacar que las operaciones de aportación no dineraria de ramas de actividad se caracterizan por funcionar bajo un contexto en el que será la propia sociedad transmitente del patrimonio la que pase a participar en la sociedad que recibe los elementos de dicho patrimonio, siendo esta última la que recibirá los valores representativos del capital y no los socios, a diferencia de lo que sucede en el caso de las fusiones y escisiones.

Igualmente, considero que es menester presentar en este punto la controversia que ha ocasionado la figura mercantil de la segregación, especialmente en lo que respecta a su eventual incorporación al régimen fiscal especial del que se trata en este trabajo de estudio. En primer lugar, cabe tener en cuenta que el artículo 68 LME clasifica a la segregación como la tercera forma de escisión, junto con la escisión total y parcial, y es definida en el artículo 71 de la misma ley de la forma que sigue: *“Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”*

De la definición puede observarse la diferencia sustancial existente entre la segregación y las figuras de la escisión total y parcial, esto es, en la segregación no son los socios de

la sociedad segregada los que reciben las acciones o participaciones de las beneficiarias de la escisión, sino que es la propia sociedad segregada la que las recibe, lo cual implica que se asemeje más a una forma de aportación no dineraria que a una operación de escisión. En consecuencia, la sociedad segregada no procede a reducir capital y reservas en la cuantía necesaria ya que no ve disminuido su patrimonio, sino simplemente sustituye una parte de su patrimonio que constituye una unidad económica por una participación en el capital de la sociedad beneficiaria (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

En esta misma línea, tras examinar la definición de los distintos de escisión a efectos fiscales en el apartado anterior, se puede observar que las tres formas contempladas en el art. 76.2 1º (escisión total, escisión parcial de rama de actividad y escisión financiera) exigen la atribución de los valores recibidos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida y no a la sociedad, tal y como sí tiene lugar en el caso de la segregación. Consecuentemente, se podría afirmar que la segregación no tiene encaje conceptual dentro de la escisión definida a efectos del régimen fiscal especial, ni puede acogerse a él en cuanto tal escisión (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

En definitiva, lo que se plantea es la posibilidad de que la segregación pueda llegar a beneficiarse del régimen fiscal especial bajo el amparo de alguna de las operaciones susceptibles de acogerse al mencionado régimen, dada la imposibilidad de hacerlo como escisión. A este respecto, autores como López Tello y Cremades Schulz consideran que la figura de la aportación no dineraria de rama de actividad podría ser la opción más viable, razón por la cual he decidido incluir su análisis bajo este epígrafe. Dichos autores resaltan la viabilidad de acogerse a este régimen fiscal especial bajo la forma de la aportación no dineraria, dado que esta figura puede reunir los elementos necesarios para configurarse como tal operación (la no disolución de la sociedad segregada y la recepción de los valores por la sociedad y no por los socios).

Ahora bien, si el patrimonio segregado, aún siendo una unidad económica, no constituye una rama de actividad, no podrá acogerse al régimen fiscal por esta vía³. En todo caso, los autores recuerdan que la segregación podría aún así beneficiarse del régimen, en todo

³ De acuerdo a reiterada doctrina de la DGT, el concepto fiscal de rama de actividad aunque relacionado, es más exigente que el mercantil de unidad económica autónoma.

o en parte, al amparo de otras figuras, como el canje de valores (si la sociedad beneficiaria adquiere o incrementa una participación mayoritaria en otra entidad como consecuencia de la segregación) o con carácter general como aportación no dineraria especial (artículo 87 LIS), en la medida en que se cumplan los requisitos para ello (López Tello y Cremades Schulz, 2010).

Por último, cabe exponer el concepto de las aportaciones no dinerarias especiales, las cuales quedan recogidas en el artículo 87 LIS. Dichas aportaciones no dinerarias, que no tienen por qué ser de rama de actividad, podrán acogerse al régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS siempre que concurren los siguientes requisitos (Pérez Royo *et al.*, 2020):

- a) La sociedad receptora de la aportación no dineraria debe ser residente en territorio español o actúe en nuestro país a través de un establecimiento permanente al que se afecten las aportaciones.
- b) Una vez realizada la aportación, el contribuyente de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) debe ostentar una participación de, al menos, el 5 por ciento en la entidad que la recibe.
- c) En el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por contribuyentes físicos sin establecimiento permanente en territorio español, dichos títulos deberán cumplir una serie de requisitos adicionales, a saber: (i) no deben corresponder a una agrupación de interés económico (AIE), ni a una unión temporal de empresa (UTE), ni a una entidad dedicada a la gestión de un patrimonio; (ii) deben representar, al menos, una participación del 5 por ciento de los fondos propios de la entidad y; (iii) deben haberse poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior a la aportación.
- d) Por último, se dispone que en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos a los mencionados en la letra c) por una persona física, dichos elementos deberán estar afectos a una actividad económica que lleve contabilidad ajustada al Código de Comercio o legislación equivalente.

Para finalizar, el segundo apartado del mencionado precepto establece que el régimen fiscal especial también será de aplicación respecto de aquellas aportaciones de ramas de

actividad efectuadas por sujetos pasivos residentes en Estados miembros de la UE, toda vez que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente (art. 87.2 LIS).

3.5 Canje de valores

La operación de canje de valores entraña la última de las operaciones de concentración empresarial que queda sujeta a la aplicación del régimen fiscal especial. A saber, esta clase de operaciones se encuentra recogida en el artículo 2 e) de la Directiva 2009/133/CE, definición traspuesta a nuestro ordenamiento bajo el apartado quinto del artículo 76 LIS: *“Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”* (art. 76.5 LIS).

En vista de lo aportado por la ley, se puede afirmar que este tipo de operación responde, en definitiva, a una aportación no dineraria de acciones, enmarcada en una ampliación de capital de la entidad que toma la participación, con renuncia al derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas. A esta circunstancia se agrega un requisito adicional, el de obtención de la mayoría de los derechos de voto de la entidad cuyos títulos se adquieren o, si bien ya se dispone de dicha mayoría, de ampliarla en porcentaje. No obstante, y pese a que suele ser la práctica habitual en este tipo de operaciones, cabe señalar la posibilidad de ejecutar la operación de canje sin que medie ningún tipo de ampliación de capital, eso sí, siempre y cuando la empresa que adquiere la participación mayoritaria mantenga en su cartera valores propios suficientes para responder al canje (Memento Fiscal, 2021).

Por otra parte, cabe tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 80.1 LIS, dado que en dicho precepto se presentan una serie de requisitos a cumplir por parte de este tipo de operaciones para que puedan quedar sujetas al régimen fiscal especial del Capítulo VII

del Título VII de la LIS. En concreto, se plantea que no se integrarán en la base imponible del IS aquellas rentas que cumplan con los requisitos que siguen (art. 80.1 LIS):

- a) Los socios que ejecuten la operación de canje de valores deberán ser residentes en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la UE. En el caso de que fueran residentes en otro Estado distinto de estos últimos, los valores recibidos deberán ser representativos del capital social de la unidad residente en España. Por otra parte, también se les aplicará el régimen especial a las sociedades a las que se les aplique el régimen de atribución de rentas, por lo que no se integrarán en la base imponible del IS aquellas rentas generadas con ocasión del canje de acciones, siempre que la operación sea la que se engloba en este régimen o esté amparada en la Directiva 2009/133/CE.
- b) La entidad adquirente deberá ser residente en territorio español o estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

Una vez presentado el contexto fiscal al que se encuentra sujeto este tipo de operaciones, es menester puntualizar que las operaciones de canje de valores representativos de capital social no se podrán acoger al régimen fiscal especial en el caso de que la entidad adquirente entregue acciones representativas de su capital social y otros valores negociables emitidos por ella (warrant) para otorgar a su titular derechos económicos, tal y como se contempla en la contestación de la Consulta Vinculante a la DGT nº V0003-99, de 16 de febrero de 1999 (Memento Fiscal, 2021).

Por otra parte, se entiende que bajo el concepto de operaciones de canje de valores no solo se incluyen aquellas que supongan un aporte de acciones o participaciones sociales por encima del 50% del total del capital social de la entidad transmitente, sino también cuando se otorgue a la sociedad adquirente el control de su contraparte, incluso cuando el porcentaje de los valores adquiridos sea inferior al del 50% mencionado (López, 2019).

Por último, cabe recalcar las semejanzas y diferencias que presentan este tipo de operaciones con respecto a otras figuras fiscales, tales como las fusiones o las escisiones. En concreto, las operaciones de canje de valores se distinguen de las operaciones de fusión o de escisión en lo que respecta al elemento transmitido. Así, mientras que en el caso de estas últimas se pueden transmitir elementos patrimoniales de diversa índole

(acciones o participaciones sociales, valores de deuda, reservas...), en el caso de las operaciones de canje sólo se pueden transmitir valores representativos del capital social –acciones y participaciones sociales– de una entidad para que pueda ser considerada como tal.

No obstante, cabe reseñar las semejanzas y diferencias existentes entre las operaciones de canje y las escisiones financieras o de cartera (tipo de escisión presentada *supra*). En primer lugar, la escisión financiera se asemeja al canje de valores en tanto en cuanto en ambas operaciones la sociedad adquirente obtiene la mayoría de los derechos de voto en el capital social de la entidad transmitente. Sin embargo, la principal y única diferencia entre el canje de valores y la escisión financiera radica en que en esta última la sociedad transmitente de la mayoría de sus derechos de voto no obtiene nada a modo de contraprestación, dado que son los socios quienes la reciben, mientras que en las operaciones de canje es la propia sociedad transmitente quién recibe las acciones o participaciones sociales correspondientes (López, 2019).

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

En aras de finalizar con este epígrafe, es necesario señalar que el régimen fiscal especial también resulta de aplicación en lo que concierne a las operaciones de cambio de domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la UE, tal y como señala el séptimo y último punto del artículo 76 de la LIS: *“El régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones de cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. A estos efectos, las reglas previstas en este régimen especial para los supuestos de transmisiones de bienes y derechos serán de aplicación a las operaciones de cambio de domicilio social, aun cuando no den lugar a dichas transmisiones”* (art. 76.7 LIS).

Por su parte, el artículo 2 k) de la Directiva 2009/133/CE define al traslado del domicilio social como *“la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica”*.

Ante esta definición, considero que es preciso especificar qué es lo que se entiende por domicilio social a efectos fiscales. En orden a lo que se dispone en la propia LIS, se entiende que una sociedad se considera residente en territorio español en el caso de haberse constituido conforme a las leyes españolas, tenga su domicilio social en territorio español o bien tenga su sede de dirección efectiva en España (art. 8.1 LIS). Así, la definición de este concepto se recoge dentro de la sección 3ª del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como *“el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”* (art. 9 LSC).

Por ende, el domicilio social ostenta una cierta relevancia a la hora de determinar la residencia de una sociedad a efectos fiscales, dado que de acuerdo con el segundo apartado del octavo precepto de la LIS, *“El domicilio fiscal de los contribuyentes residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección”* (art. 8.2 LIS).

En definitiva, por medio de esta operación de traslado, una sociedad anónima europea o una sociedad cooperativa europea cambia su domicilio social de un Estado miembro a otro diferente dentro de la UE, de forma que se aplicará el régimen fiscal especial respecto de aquellos bienes y derechos situados en territorio español que, con posterioridad a dicho traslado, quedan afectos a un establecimiento permanente situado en ese territorio. Es decir, gracias a su inclusión en dicho régimen fiscal, la regla de diferimiento es aplicable a esta operación, aunque el cambio de domicilio social no dé lugar a una transmisión del patrimonio de la sociedad afectada (Memento Fiscal, 2021).

A modo de ejemplo, podría darse el caso de que una empresa española decida trasladar su domicilio a Italia. Así, la norma relatada permitiría a la empresa española realizar dicho traslado sin tener que tributar en España por las plusvalías latentes, siempre y cuando

mantuviera un establecimiento permanente en España, no teniendo así que “pasar por caja” por este movimiento (López, 2019).

IV. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

4.1 Concepto y criterios de aplicación de los Motivos Económicos Válidos

Los motivos económicos válidos (en adelante, MEVS) se configuran como un concepto jurídico de muy reciente incorporación a nuestra normativa fiscal, dado que emanan de la promulgación de la Directiva 90/434/CEE. Más concretamente, dicho concepto queda plasmado por primera vez en el apartado a) de su artículo 11, término que pasaría a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la transposición de la mencionada Directiva por la Ley 29/1991⁴.

No obstante, se puede observar que se trata de un concepto jurídico indeterminado dentro de nuestro contexto legal, pues los MEVS no se encuentran expresamente definidos en ningún apartado o precepto dentro de la LIS. Así, es en el último precepto que la Ley 27/2014 dedica a este régimen fiscal especial en el que se hace mención al concepto de “motivos económicos válidos” *stricto sensu*, al menos gramaticalmente hablando. En definitiva, no gozan de una definición dedicada, sino tan sólo la mención de que no se entenderá habido motivo económico válido cuando el fin (o fines) de la operación sea el fraude fiscal, tal y como se puede observar: *“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”* (art. 89.2 LIS).

En relación con esto último, cabe precisar que este precepto vigente guarda idéntico parecido a su predecesor, el art. 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre

⁴ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

Sociedades, de 2004 (en adelante, TRLIS), en el cual se incluía un párrafo que no ha “sobrevivido” a la LIS. En concreto, el segundo párrafo completo del apartado segundo del precepto hacía referencia a la posibilidad que tiene el administrado de realizar consultas preventivas a la Agencia Tributaria sobre el cumplimiento, en cada caso concreto, de los requisitos necesarios para poder beneficiarse del régimen especial⁵.

A estos efectos, considero que no es baladí el análisis del motivo de esta modificación, ya que no ha pasado desapercibido para diversos sectores de la doctrina, si bien lo que importa a efectos de este trabajo es resaltar la importancia capital que supone, para la justificación de la potencial operación, el hecho de realizar consultas a la Administración tributaria.

Realmente, la DGT no se ha mostrado excesivamente exigente en lo que respecta al cumplimiento del requisito de concurrencia de los MEVS, admitiendo por lo general las diversas justificaciones de los contribuyentes en relación con la racionalidad económica de estas operaciones (Pérez Royo *et al.*, 2020). En consecuencia, la realización de consultas a la DGT por parte de los contribuyentes de forma previa a la consecución de una operación de reestructuración empresarial se ha convertido en una práctica muy frecuente, dado que, en ocasiones, el nivel de detalle del análisis ofrecido por este órgano es tal que su respuesta no deja lugar a mucha duda. En este sentido, un ejemplo claro de lo expuesto podría ser la contestación a la Consulta Vinculante nº V0034-20, de 13 de enero de 2020, según la cual los motivos económicos aducidos por el contribuyente pueden considerarse como válidos a efectos del art. 89.2 LIS, si bien se cuestiona sobre los mismos al considerarse cuestiones de hecho.

Asimismo, el procedimiento de calificación de una operación en base a la existencia de un motivo económico válido no solo se emplea a la hora de validar operaciones interiores, sino también dentro del ámbito de la fiscalidad internacional. Eso sí, pese a que en ambos

⁵ “En los términos previstos en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en éste y cualesquiera otros tributos” (art. 96.2 p.2 TRLIS).

contextos el concepto de los MEVS mantiene una homogénea naturaleza empresarial, cabe tener en cuenta que su rasgo internacional vendrá delimitado, bien por efectuarse la actividad en un país diferente a España, bien a tenor de la repercusión que la operación pueda llegar a provocar en el mercado internacional (García-Torres Fernández, 2019).

Los tres principios básicos de la función recaudatoria del IS (capacidad económica, equidad fiscal y eficiencia) se configuran como los tres puntos fundamentales a salvaguardar en base a la aplicación del concepto de los MEVS. Así, tal y como describe la autora García-Torres Fernández, la capacidad económica se puede ver amenazada por el traslado de beneficios de una sociedad a otra –a neutralizar mediante la exigencia de motivo económico válido que justifique el traslado–, la equidad fiscal puede verse menoscabada en tanto en cuanto los recursos generados no queden afectos a gravamen y, por último, la eficiencia se configura como un pilar básico en la lucha contra el fraude fiscal, de manera que debe ser protegido sobremanera por parte de este sistema de aplicación (García-Torres Fernández, 2019).

En definitiva, el concepto de MEVS se concibe como una medida antifraude que debe cumplir con un doble objetivo. Por un lado, servir como mecanismo disuasorio respecto de una potencial evasión o fraude fiscal en la operación y, por otro lado, salvaguardar el correcto cumplimiento del régimen fiscal especial al que trata de proteger, en especial mediante el cumplimiento de los fines concretos que justifican el beneficio fiscal, exención o diferimiento de la tributación en cada caso. Por todo lo mencionado *supra*, la doctrina considera que, junto a su carácter indeterminado, los MEVS presentan un carácter no uniforme, dado que al referirnos a ellos no nos estamos remitiendo a un concepto único e inalterable, sino a varios referidos cada uno de ellos al amparo de una parcela de la regulación tributaria.

Para finalizar, según se puede deducir de la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, RTEAC), de 25 de junio de 2009, se entiende que la teoría de la exigencia de motivos económicos válidos descansa sobre el principio de neutralidad del IS, esto es, *“que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas y, por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, conseguir una ventaja*

tributaria como fin principal sobre cualquier razón económica, no debe ser de aplicación el beneficio o incentivo fiscal o régimen especial” (García-Torres Fernández, 2019).

A modo de conclusión, puede afirmarse que la ausencia de motivos económicos válidos resulta criterio interpretativo suficiente como para prever una posible coyuntura de fraude o abuso fiscal, la cual tiene lugar cuando el fundamento de ejecución de una operación empresarial responde únicamente a motivos puramente fiscales, esto es, a la obtención de una ventaja fiscal por encima de cualquier otra razón económica lógica que pueda llegar a sustentar la operación.

4.2 Los MEVS en el Régimen Fiscal Especial – La cláusula “antiabuso”

La LIS cierra el capítulo dedicado al régimen fiscal especial (Capítulo VII del Título VII) con el artículo 89, precepto en cuyo apartado segundo se recoge una cláusula antiabuso que implica la inaplicación total o parcial del régimen en cuestión *“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”* (art. 89.2 LIS). En resumidas cuentas, esta cláusula tiene por objetivo fundamental velar por un uso adecuado del régimen fiscal especial en lo que respecta a aquellas operaciones de concentración empresarial que pretendan acogerse al mismo.

Tal y como se ha mencionado previamente, este artículo es transposición del artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE, según el cual se prevé la posibilidad de que un Estado miembro pueda negarse a aplicar total o parcialmente los beneficios resultantes de la aplicación del régimen fiscal especial cuando una operación de reestructuración o concentración empresarial *“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”* (art 15.1 a) Directiva 2009/133/CE).

A estos efectos, cabe precisar que la redacción del actual precepto de la LIS, pese a que tiene su origen primigenio en el tenor del artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE —y, por ende, de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Directiva 90/434, tal y como se menciona *supra*—, no supone una redacción literal de los mismos, sino que más bien coincide con la formulación presente en el artículo 2 de la Ley 14/2000. Eso sí, a pesar de las diferencias existentes entre ambas normativas, la comprensión y adecuación del artículo 89.2 LIS no puede desligarse de la disposición comunitaria en ningún caso, y más concretamente, en lo que se refiere al concepto de fraude o evasión fiscal (Navarro Egea, 2016).

Una vez introducido este concepto, es menester destacar dos sentencias de esencial relevancia en la interpretación de la cláusula antiabuso del art. 11.1 a) de la Directiva 90/434.

En primer lugar, cabe reseñar lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 20 de mayo de 2010 (Modehuis A. Zwijnenburg BV). A modo de contexto, es necesario indicar que, tras existir ciertas diferencias entre la administración y justicia holandesas respecto a la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial a la operación objeto del litigio, el Tribunal Supremo holandés decidió suspender el procedimiento judicial y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “*«¿Debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 [...] en el sentido de que cabe denegar al sujeto pasivo las ventajas reguladas en dicha Directiva en el supuesto de que un conjunto de actos jurídicos tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto de aquéllos a los que se refieren las ventajas que establece dicha Directiva?»*”.

Ante esta cuestión, el TJUE determina en el apartado 37 de la sentencia lo siguiente. “*«De los autos se desprende que, a falta de disposición nacional expresa que permita a las autoridades tributarias neerlandesas denegar la ventaja de la exención del impuesto sobre transmisiones en caso de fusión de empresas cuando consta que la elusión de dicho impuesto constituye el motivo esencial del sujeto pasivo para proceder a la fusión, éstas pretenden aplicar el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 con el fin de recaudar el impuesto de sociedades en compensación del impuesto sobre*

transmisiones eludido»”, en lo que supone un adelanto de su negativa en base a tres pilares fundamentales (López Tello, 2010):

- i. En virtud del ya mencionado artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas sólo excepcionalmente y en casos particulares, razonamiento ya presentado en sentencias anteriores, como la que se expondrá a continuación (*sentencia Kofoed*). Por consiguiente, dicho artículo deberá ser interpretado de manera estricta (apartados 45 y 47 de la sentencia)
- ii. Del apartado 50 de la misma sentencia se deduce que los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, por consiguiente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en su artículo 11.1 a) son los expresamente contemplados por ella.
- iii. En estas circunstancias, las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 no pueden denegarse invocando su artículo 11.1 para compensar el no pago de un impuesto recaudado con ocasión de la adquisición de un inmueble situado en el Estado miembro de que se trate. Es decir, si el principal objetivo de una operación de concentración empresarial es eludir un impuesto sobre transmisiones, el interés financiero del Estado miembro de que se trate se limita precisamente al cobro de ese impuesto sobre transmisiones y, por tanto, no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

En definitiva, el TJCE declara que la cláusula antiabuso contenida en el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434 debe interpretarse a tenor de que el contribuyente que planea eludir el pago de un impuesto como el del caso controvertido –impuesto sobre transmisiones– respecto de una operación de concentración empresarial, no podrá ser privado de las ventajas ofrecidas por el régimen fiscal especial, puesto que este impuesto no se encuentra incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Es decir, la Directiva y la cláusula anti-abuso se refiere a los impuestos que gravan la reestructuración empresarial, y no a otros impuestos distintos, pues es aquí donde se entiende que tiene cabida la aplicación del diferimiento de impuesto (López Tello, 2010).

Por otro lado, considero que resulta relevante a estos efectos traer a colación la problemática planteada en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas (en adelante, TJCE)⁶ de 5 de julio de 2007 (caso Kofoed vs Skatteministeriet). A saber, en la mencionada sentencia se cuestiona, al igual que en la anterior, la extensión del ámbito de aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434, si bien en este caso se dibuja tal problemática en relación a aquellos casos en los que no existe reflejo de la misma en el Derecho nacional. A modo de resumen, el caso Kofoed versa sobre una operación de canje de valores por medio de la cual dos personas físicas (siendo una de ellas el señor Kofoed), propietarias a partes iguales de dos sociedades (una danesa y la otra irlandesa), crean un grupo vertical de sociedades, constituyéndose la sociedad irlandesa como la dominante dentro del grupo. Gracias a la operación de canje, la sociedad irlandesa adquiere todas las participaciones sociales de su contraparte danesa, recibiendo los socios de esta última acciones propias de nueva emisión como contraprestación.

La problemática principal surge cuando, una vez ya conformado el grupo societario, la sociedad danesa decide repartir un dividendo a la matriz irlandesa, tras lo cual la propia matriz acuerda repartir un dividendo a los socios en base al capital recibidos de la filial danesa. Ante esta práctica, la administración tributaria danesa desestima la exención aplicable al canje de las participaciones sociales de la sociedad danesa por acciones de la sociedad irlandesa, *“alegando que el reparto de dividendos formaba parte de la operación de canje de acciones, de modo que se sobrepasaba el límite máximo del 10 % del valor nominal de los títulos canjeados, previsto en la Directiva 90/434 para una posible compensación en dinero”* (López Tello, 2010).

Por otro lado, el TJCE entiende que no existe indicio alguno que permita probar que el dividendo formaba parte integrante de la contraprestación que la sociedad irlandesa debía pagar por la adquisición de las participaciones sociales de la sociedad danesa, lo cual constituiría el requisito necesario para poder calificarlo de “contraprestación en dinero” a efectos del artículo 2 d) de la Directiva 90/434⁷, y concluye que el canje de valores que se debate está comprendido en el artículo 8.1 de la misma Directiva⁸ (López Tello, 2010).

⁶ No es hasta 2009 cuando el tribunal pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el TJUE actual).

⁷ Apartado en el que se recoge la definición de la operación de canje de valores a los efectos de la mencionada Directiva.

⁸ Dicho precepto reza lo siguiente: *“1 . La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad*

No obstante, el problema no termina ahí, pues el Gobierno danés y el órgano jurisdiccional remitente habían precisado que la operación de canje de valores en cuestión se había ejecutado sin razón económica que la sustentara, sino con el único fin de evadir impuestos, motivo que llevó al TJCE a plantearse si, “*a falta de una disposición nacional específica de adaptación del Derecho danés al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, este precepto podía aplicarse, en cualquier caso, al litigio*” (López Tello, 2010).

Finalmente, el TJCE da una respuesta negativa a este planteamiento, mas deja la puerta abierta a que la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 pueda llegar a ser considerada parte integrante de las disposiciones o principios generales nacionales de prohibición del abuso del Derecho en materia fiscal, además de concluir afirmando que resultará competencia del órgano jurisdiccional remitente el examen necesario para determinar si existe en el Derecho interno de cada nación un principio general de prohibición de abuso de derecho (o bien, relativo al fraude o evasión fiscal que se deduce del art. 11.1 a) de la citada Directiva).

A modo de conclusión, esta sentencia supone una oportunidad clara de aplicación directa de la cláusula antiabuso de la Directiva comunitaria por parte de aquellos Estados miembros que no cuenten con una cláusula similar ad hoc en una disposición nacional, para así poder hacer frente al abuso de derecho en forma de fraude o evasión fiscal. Eso sí, pese a la importancia que tuvo esta sentencia, no afecta a nuestro panorama nacional, dado que, tal y como se ha precisado *supra*, el artículo 96.2 LIS se conforma como una redacción literal del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434. Por último, en el hipotético caso en el que dicho precepto no existiera, tampoco habría problema alguno al respecto, dado que el artículo 15 de la Ley 58/2003 (Ley General Tributaria; en adelante, LGT) podría auparse como la disposición contenedora del principio general de prohibición del abuso de derecho en materia de fraude o evasión fiscal en nuestro Derecho (López Tello, 2010).

beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio”.

Volviendo con el análisis de los MEVS, cabe recordar la importancia que tiene este concepto en lo que respecta a la aplicación del régimen fiscal especial, dado que la puesta en práctica de este último yace condicionada a la existencia de algún motivo económico válido que justifique la operación en cuestión. Precisamente, la idea de los MEVS radica en evitar que la razón que justifique una operación de la envergadura de las de concentración empresarial –previamente analizadas en el epígrafe III– sea la de lograr un ahorro o una mera ventaja fiscal. La idea, por ende, es buscarle a la operación de reorganización una lógica económica evidente (Pérez Royo *et al.*, 2020).

En virtud de lo ya comentado anteriormente en este trabajo, la principal finalidad del régimen fiscal especial es alcanzar una normativa fiscal neutra a nivel europeo donde la regulación fiscal no suponga ni una traba ni un incentivo en la realización de las operaciones de reestructuración empresarial (Pérez Royo *et al.*, 2020). De hecho, la razón por la cual se incorpora la ausencia de los MEVS como principal causa de inaplicación del régimen fiscal especial radica en la intención de salvaguardar el carácter de neutralidad del mismo (García-Torres Fernández, 2019).

Así, es menester advertir que el concepto de los MEVS ha sido y se considera indeterminado a efectos jurídicos puesto que su análisis se encuentra supeditado, por un lado, a altos niveles de interpretación jurídica por parte de los diferentes órganos reguladores, y por otro lado, a la actividad concreta de la sociedad impulsora de la operación. Esto es, se debe tener en cuenta que para cada caso concreto, se deberá realizar una valoración y análisis subjetivo diferente, ya sea de los hechos, sujetos o circunstancias particulares del caso, pero especialmente acerca de los motivos que pueden inducir a una empresa a ejecutar una operación de este calibre.

A estos efectos, la claridad de numerosas sentencias, como las redactadas por la Audiencia Nacional (en adelante, AN)⁹, junto con sus razonamientos jurídicos intrínsecos, se contribuye a ratificar la doctrina de la DGT, la cual ha reconocido como motivos económicos válidos, entre otros, los que siguen: (i) racionalizar la explotación de los negocios, mejorar la gestión de las sociedades filiales y disminuir los costes de administración generados por la actual estructura del grupo, así como facilitar la

⁹ Algunos ejemplos serían la SAN de 16 de febrero de 2011 y la SAN de 9 de marzo de 2011.

planificación posterior de las operaciones; (ii) facilitar la futura transmisión del negocio a los hijos a través de la donación de las participaciones sociales de la nueva sociedad y (iii) limitar la responsabilidad personal (Luceño Oliva, 2011).

Sin embargo, esta incertidumbre conceptual permanece hasta día de hoy en forma de diversidad de interpretación jurídica, llegando hasta el punto de que, incluso dependiendo de la instancia de que se trate, los criterios de aplicación resultarán distintos. Así, a modo de ejemplo, la publicación del Auto de 7 de febrero de 2020 del Tribunal Supremo (en adelante, TS) admitía a trámite un recurso de casación interpuesto por una sociedad dada la decisión previa de denegación por parte de la Administración Tributaria en lo relativo a la aplicación del régimen fiscal especial, por considerar que la fusión por absorción en cuestión adolecía de motivos económicos válidos. A modo de resumen, el origen de la controversia proviene de la decisión de la sociedad de acogerse al régimen fiscal especial, tras lo que la Inspección consideró que la fusión por absorción tenía como única finalidad el aprovechamiento de bases imponibles negativas de una sociedad inactiva, por lo que procedió a denegar la aplicación del régimen fiscal especial y a imponer una sanción. De hecho, la regularización tributaria y la sanción fueron íntegramente confirmadas por la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional (en adelante, TEAR) de 5 de julio de 2016, y por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de mayo de 2019, contra la que se preparó el recurso de casación (De Juan Casadevall, 2020)

No obstante, la sentencia recurrida dio a entender que únicamente bastaba con la denegación del régimen de neutralidad fiscal en el caso de que no concurriera un motivo económico válido, sin necesidad de proceder a la imposición de sanción fiscal. Mas, este razonamiento resulta incoherente tras lo fallado por el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja en sus sentencias 250/1997, de 17 de mayo de 1997 y 63/2000, de 9 de febrero, según las cuales, en un caso de una reestructuración empresarial amparada por el régimen de neutralidad fiscal, se exigió la tramitación del expediente de fraude de ley (De Juan Casadevall, 2020).

En conclusión, se puede observar la necesidad de unificación del criterio, de forma que se pueda conocer cuando, en un conflicto de este tipo, basta con denegar el régimen de

neutralidad fiscal en caso de ausencia de MEVS, y cuando, por otro lado, es necesario tramitar de forma adicional un expediente de conflicto sancionador.

V. CONCLUSIONES

El objetivo fundamental perseguido con la realización del presente trabajo ha sido el de exponer –en líneas generales– un análisis del funcionamiento y forma de aplicación del régimen fiscal especial respecto de las operaciones de concentración o reestructuración empresarial. Así, los sujetos pasivos capacitados para efectuar operaciones de este tipo podrán acogerse al régimen fiscal especial en vez de al régimen común o general, dentro de su tributación del Impuesto sobre Sociedades, tal y como viene recogido en el artículo 17 LIS.

Tal y como se ha intentado plasmar de la mejor manera posible en uno de los apartados de este trabajo, únicamente existen determinadas operaciones que pueden acogerse a la aplicación de este régimen fiscal especial. Así, únicamente las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria, canje de valores y cambio de domicilio social de determinadas sociedades (Sociedad Europea o Cooperativa Europea) dentro de Estados miembros de la Unión Europea podrán quedar bajo la aplicación de esta regulación.

Dado que este tipo de operaciones ha experimentado un crecimiento considerable en los últimos años tanto a nivel nacional como comunitario, esta normativa fiscal especial surge con el fin de instaurar un régimen de neutralidad fiscal dentro del contexto del mercado comunitario, puesto que el origen de este régimen en nuestra normativa jurídica nacional viene como resultado de la transposición de la Directiva 2009/133/CE, en la que se recoge el régimen fiscal especial a nivel comunitario.

Como se ha querido puntualizar a lo largo del trabajo, este régimen fiscal especial busca un contexto de neutralidad en el que la aplicación del mismo no suponga ni un obstáculo ni un incentivo fiscal a la hora de efectuar una operación de las mencionadas. Es decir, se pretende evitar que, por excesivas cargas tributarias, las entidades dejen de llevar a cabo operaciones de esta magnitud en el mercado, al mismo tiempo que no se busca que la mera ventaja fiscal sea la razón ulterior que justifique la operación. Es por esta razón que

la aplicación de este régimen fiscal no supone una exención a la tributación –lo que podría suponer un incentivo fiscal excesivo–, sino que se opta por ofrecer únicamente la posibilidad de diferir la tributación de las plusvalías latentes.

Por último, y junto con una descripción conceptual de cada una de las operaciones sujetas a este régimen de neutralidad fiscal, se ha pretendido ahondar en el estudio de los motivos económicos válidos. En línea con lo mencionado en el párrafo anterior, este concepto proviene de la necesidad jurídica y regulatoria de que una operación de concentración empresarial no responda únicamente al objetivo de buscar una mera ventaja fiscal, sino que deben presentarse motivos económicos válidos lógicos que sustenten tal operación.

No obstante, el concepto de motivos económicos válidos se configura como un concepto indeterminado, puesto que no se encuentra expresamente definido en ningún tipo de normativa fiscal, ni nacional ni comunitaria, lo que ha provocado numerosas disputas jurisprudenciales al respecto, llegando al punto de aplicar diferentes criterios en función de la instancia judicial en la que se encontraba la controversia. A estos efectos, se puede llegar a concluir de lo dispuesto y analizado por ambas jurisprudencias (nacional y comunitaria) que la concurrencia de motivos económicos válidos en una operación concreta deberá valorarse en su contexto global y de forma aislada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Legislación

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.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

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

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

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Reglamento (CEE) número 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

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

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

Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

B. Jurisprudencia

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0503-20, de 27 de febrero de 2020.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0035-20, de 13 de enero de 2020.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V873/2014, de 31 Marzo de 2014.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0003-99, de 16 de febrero de 1999.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos número V0034-20, de 13 de enero de 2020.

Resolución 00/656/2007 de Tribunal Económico Administrativo Central, de 25 de junio de 2009.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05.

Auto de Tribunal Supremo, rec. de casación 5886/2019, de 7 de febrero de 2020.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4211/2019, de 8 de mayo de 2019.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja 250/1997, de 17 de mayo de 1997.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja 63/2000, de 9 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 23 de febrero de 2006, asunto T-282/02.

C. Obras doctrinales y otras referencias

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

Bolívar Gacitúa, N. (2013). Las concentraciones de empresas: regulación y criterios de decisión de los órganos de la Unión Europea. *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado* N° 3, julio 2013.

De Juan Casadevall, J. (2020). La necesaria delimitación objetiva entre el conflicto para la aplicación de la norma tributaria y la cláusula de motivos económicos válidos: ¿debe tramitarse siempre el procedimiento de conflicto? A propósito del ATS de 17 de febrero de 2020. *Revista Quincena Fiscal num. 11/2020 parte Jurisprudencia*.

Fuster Asencio, M.^a Consuelo (2010). Tratamiento fiscal de la constitución de la Sociedad Cooperativa Europea y el traslado del domicilio social. CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*.

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

García-Torres Fernández, M.J. (2019). “Motivos económicos válidos” como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades. *Revista Quincena Fiscal núm. 17/2019 parte Estudios*.

López, P. (24 de octubre de 2019). *¿Aplicamos Correctamente el Régimen Fiscal Especial en Supuestos de Reestructuración Empresarial? Casos de Aplicación Práctica*. Obtenido de *¿Aplicamos Correctamente el Régimen Fiscal Especial en Supuestos de Reestructuración Empresarial?: <http://pascuallopez.blogcanalprofesional.es/aplicamos-correctamente-el-regimen-fiscal-especial-en-supuestos-de-reestructuracion-empresarial-casos-de-aplicacion-practica/>*.

López Tello, J., & Cremades Schulz, M. (2010). *El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión, y cesión global de activo y pasivo*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez , 46-60.

López Tello, J. (2010). *La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de Mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez , 45-54.

Luceño Oliva, J.L. (2011). *Reestructuraciones empresariales, motivo económico válido y neutralidad fiscal*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 825/2011 parte Comentario.

Mascareñas Pérez-Íñigo, J. (2011). *Fusiones, Adquisiciones y Valoración de empresas*. 5ª Edición. Madrid: Universidad Complutense.

Memento Práctico (2021). “*Impuesto sobre Sociedades*”. Madrid: Editorial Francis Lefebvre, Capítulo III, Sección 5ª, Apartado VI.

Navarro Egea, M. (2016). *La neutralidad fiscal de las aportaciones de ramas de actividad*. Editorial Aranzadi.

Pérez Royo, F. P. R., García Berro, F. G. B., Pérez Royo, I. P. R., Escribano, F. E., Cubero Truyo, A. C. T., & Carrasco González, F. C. G. (2020). “*Curso de Derecho Tributario: Parte Especial*” 14ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 518-523.

Sieiro Costela, M.M. (2001). *La fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial*. Anuario da Facultade de Dereito, 835-851.