

**FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES DE
REESTRUCTURACION EMPRESARIAL.
FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES NO
DINERARIAS Y CANJES DE VALORES.**

Director: D. Ernesto Eseverri Martínez.

Doctorando: José Daniel Sánchez Manzano.
DNI: 24.246.551

ADDENDA.

Se hace constar que, sin perjuicio del retraso acaecido en la tramitación de diversas gestiones asociadas a la lectura de la presente tesis, la elaboración de la misma se concluyó definitivamente con fecha de enero de 2004.

Por consiguiente la misma, haciendo abstracción de muy someras y puntuales referencias, no analiza la repercusión que, sobre la materia objeto de estudio, pudiera derivarse de cualquier modificación normativa posterior a la reseñada fecha y, en particular, la incidencia de la aprobación de la nueva Ley General Tributaria, Ley 58/2003 de 17 de diciembre.

INDICE GENERAL

CAPITULO I: NOTAS ACERCA DEL PERFIL DE LAS OPERACIONES TUTELADAS Y DE LOS EFECTOS TÉCNICO-JURIDICOS ASOCIADOS AL DIFERIMIENTO QUE SE PROYECTAN SOBRE ESTAS

I.INTRODUCCIÓN.

1. Breve alusión al marco socioeconómico.....	pág. 2.
2. La Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990. El imperativo de no imposición y el diferimiento de gravamen.....	pág. 5.
2.1 Referencia a la nota de especialidad inherente al régimen jurídico de las operaciones de reestructuración.....	pág. 8.
2.2 Introducción a las características estructurales del régimen fiscal especial.....	pág. 11.
3. Virtualidad del principio de neutralidad en esta sistemática.....	pág. 14.
3.1 Dificultades en la sistematización tributaria.....	pág. 18.
3.1.1 El condicionante de la deficiente sistematización jurídica de la materia.....	pág. 22.
3.1.2 Estratificación básica del régimen especial.....	pág. 24.
4. Línea expositiva.....	pág. 26.

II.APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA EN LA CONCEPTUACION TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN.

1. La irregular esquematización jurídico sustantiva de las operaciones de reestructuración. Repercusiones sobre la sistemática fiscal.....	pág. 28.
2. La operatividad supletoria del Derecho Privado a efectos de interpretación.....	pág. 32.

III. CARACTERIZACION BASICA DE LA METODOLOGÍA DE DIFERIMIENTO IMPOSITIVO.

1. Las pretendidas especialidades estructurales de las operaciones de fusión y escisión. La plusvalía de fusión.....pág. 37.
2. Análisis técnico- jurídico de la metodología del diferimiento.....pág. 40.
- 2.1 El régimen especial fuera de la esfera de la imposición sobre la renta.....pág. 48.

CAPITULO II: EVOLUCION HISTORICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA REGULADORA DE LA REESTRUCTURACION EMPRESARIAL. LA DIRECTIVA 90/434 EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO. REGIMEN GENERAL Y ESPECIAL DE TRIBUTACIÓN DE ESTAS PLUSVALIAS.

I. EVOLUCION DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA SOBRE LA REESTRUCTURACION EMPRESARIAL.

- 1.1. La Ley 76/1980 sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas.....pág. 53.
- 1.2 Planteamiento y metodología.....pág. 54.
- 1.2.1 La interferencia con los esquemas jurídico privados.....pág. 55.
- 1.2.1.1 Problemática conectada con el desarrollo dilatado de las operaciones.....pág. 57.
- 1.3 Las Bonificaciones en el ITPAJD. Confusionismo técnico jurídico relativo a los presupuestos susceptibles de tributación.....pág. 62.
- 1.4 Problemática suscitada en torno al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.....pág. 64.
- 1.5 La moderna regulación fiscal de la materia.....pág. 67.

II. LA DIRECTIVA 90/434/CEE ENMARCADA EN EL ESQUEMA DE LA REGULACION COMUNITARIA SOBRE LA IMPOSICIÓN DIRECTA.

- 2.1 El proceso de armonización del Derecho Comunitario acerca del tratamiento jurídico de la reestructuración de empresas.....pág. 69.

2.2 Tratamiento jurídico fiscal. La génesis de la Directiva 90/434/CEE.....	pág. 71.
2.3 El principio de libertad de establecimiento para las personas jurídicas.....	pág. 74.
2.4 La Directiva 90/434/CEE como pieza del incipiente Derecho Comunitario acerca de la tributación de grupos transnacionales.....	pág. 76.

III. REGIMEN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DE LAS PLUSVALÍAS MANIFESTADAS EN ESTOS PROCESOS.

3.1 Interrelación entre régimen genérico y especial.....	pág. 79.
3.2 Las disposiciones del régimen genérico no conectadas inmediatamente con la determinación de la plusvalía fiscal.....	pág. 81.

CAPITULO III: ANALISIS DE LA DEFINITORIA TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES Y DE LA CATEGORIA DE LA RAMA DE ACTIVIDAD. FUSION. ESCISION. APORTACION NO DINERARIA. APORTACION NO DINERARIA ESPECIAL. CANJE DE VALORES.

RAMA DE ACTIVIDAD. ANÁLISIS DE LA DIMENSION PATRIMONIALISTA DE ESTA MAGNITUD. PROBLEMÁTICA ESPECIFICA DERIVADA DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION CONSUMADAS POR ENTIDADES DISTINTAS DE SOCIEDADES MERCANTILES.

I. FUSION.

1.1 Concepto jurídico-tributario.....	pág. 84.
1.2 Rasgos estructurales.....	pág. 85.
1.2.1 Transmisión en bloque.....	pág. 86.
1.2.2 Disolución sin liquidación.....	pag. 86.
1.2.2.1Concatenación entre disolución y extinción jurídica.....	pag. 91.
1.2.3 Compensación en metálico.....	pág. 92.
1.2.4 Atribución de valores.	pág. 94.
1.2.4.1 Breve referencia a ciertas cuestiones jurídico mercantiles interrelacionadas con la atribución de valores.	pág. 98.
1.2.4.1.1 La ecuación de canje.....	pág. 98.
1.2.4.1.2 El valor real del patrimonio social como parámetro informativo de la ecuación de canje.....	pág. 99.

1.2.4.2 Breve Alusión a la “Prima de fusión”.....	pág. 103.
1.3 Calificación como “fusión fiscal” de determinadas operaciones.....	pág. 106.
1.3.1 La Venta-fusión. El problema de la unidad negocial.....	pág. 106.
1.3.2 La cesión global del activo y del pasivo al socio único. Ligazón con la operación de fusión de sociedad íntegramente participada.....	pág. 108.
1.3.2.1 Divergencias entre el concepto fiscal y el mercantil de “fusión” en relación con la definición articulada por el Art. 97.1.c) LIS.....	pág. 113.
II. ESCISION.	
2.1 Concepto fiscal.....	pág. 117.
2.1.1 Comentarios acerca de hipótesis particulares de escisión. La cesión global del activo y del pasivo a favor de varios socios y la escisión total.....	pág. 118.
2.2 La Escisión Total. Introducción a la posible problemática derivada de la composición patrimonial de las porciones transmitidas.....	pág. 121.
2.3 Escisión Parcial.....	pág. 122.
2.3.1 La reducción de capital en la entidad escindida y el aumento en la beneficiaria.....	pág. 123.
2.3.2 Conceptuación jurídico-privada de unidad económica y tributaria de rama de actividad....	pág. 125.
2.4 Segregación de participaciones sociales. La escisión financiera.....	pág. 126.
2.4.1 operatividad del concepto mercantil de “escisión parcial” sobre la definición tributaria.....	pág. 129.
2.5 Problemática inherente a la escisión subjetiva.....	pág. 132.
III. APORTACION NO DINERARIA DE RAMAS DE ACTIVIDAD.	
IV. EL CONCEPTO DE RAMA DE ACTIVIDAD. LA CATEGORIA DE EMPRESA EN ESTE CONTEXTO.	
4.1 Introducción.....	pág. 143.
4.2 Evolución conceptual de la categoría. Rasgos definatorios desagregados. Análisis del criterio Administrativo.....	pág. 144.

4.2.1 Interpretación de las notas de que el conjunto sea capaz de “funcionar por sus propios medios” y de que “sea determinante de una explotación económica”	pág. 146.
4.2.1.1 Interpretación del requisito solicitado por la Directiva de que la rama constituya un “conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”. a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Perspectiva financiera.....	pág. 149.
4.2.2 Noción de unidad económica autónoma.....	pág. 151.
4.3 Aportaciones de derechos. Perspectiva funcional del concepto de rama de actividad.....	pág. 158.
4.4 Transmisión de inmuebles y de valores.....	pág. 159.
4.5 Análisis específico de la composición patrimonial. La racionalidad financiera. Especial problemática de la atribución de pasivos.....	pág. 162.
4.5.1 Orientación propugnada por la sentencia del TJCE de 15 de enero de 2002 (Caso Andersen Og Jensen).....	pág. 168.
4.5.2 Intelección de los artículos 97.4 y 104.1 LIS como reguladores de la traslación de los pasivos fiscales.....	pág. 170.
V. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES.	
5.1 La ruptura de la noción ideal de continuidad empresarial.....	pág. 173.
5.2 Aportaciones efectuadas por personas físicas.....	pág. 176.
5.3 Modificación del Art.108 LIS a través de la Ley 24/2001 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.....	pag. 182.
5.4 Análisis de supuestos específicos de aportación en conexión con el espíritu del régimen.....	pág. 183.
5.4.1 Análisis del supuesto de aumento de capital por compensación de créditos.....	pág. 185.

5.5 Aportaciones no dinerarias de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.....	pág. 191.
---	-----------

VI. CANJE DE VALORES.

6.1 Noción de “toma de control”	pág. 193.
6.2 Análisis de la definitoria.....	pág. 196.
6.3 El canje de valores en el contexto de la adquisición de “paquetes de control”.....	pág. 202.
6.3.1 Breve alusión a las OPAS.....	pág. 203.

VII. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 43/95. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION CONSUMADAS POR ENTIDADES DISTINTAS DE SOCIEDADES MERCANTILES.

7.1 Esquema de interpretación.....	pág. 211.
------------------------------------	-----------

CAPITULO CUARTO: METODOLOGÍA DEL DIFERIMIENTO IMPOSITIVO. LA REGLA CONTINUISTA COMO BROCHE DEL DIFERIMIENTO.

MÉTODOS SELECCIONADOS EN CADA OPERACION PARA PLASMAR EL DIFERIMIENTO Y LA CONTINUIDAD DE VALORES.

CONSECUENCIA DEL EQUILIBRIO DE IMPOSICIÓN.

LA HIPÓTESIS DE PARTICIPACION ACCIONARIAL PREVIA.

I. INTRODUCCIÓN.

II. REGIMEN DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISION.

2.1 Exigencia de que la entidad adquirente no se halle exenta.....	pág. 223.
2.2 Pérdidas de los Establecimientos Permanentes.....	pág. 226.

III. RENUNCIA AL REGIMEN ESPECIAL.

3.1 El perímetro objetivo de la renuncia.....	pág. 231.
---	-----------

IV. VALORACION FISCAL DE LOS BIENES ADQUIRIDOS. LA REGLA DE LA CONTINUIDAD.

- 4.1 Significación de la continuidad de valores fiscales.....pág. 236.
- 4.2 Problemática anudada a las correcciones valorativas.....pág. 239.
- 4.3 El Art.99.2 LIS. Valoración si opera el régimen genérico.....pág. 244.

V. VALORACION FISCAL DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS EN CONTRAPRESTACION DE LA APORTACION NO DINERARIA.

- 5.1 Introducción.....pág. 246.
- 5.2 Imbricaciones con el criterio contable de valoración.....pág. 247.
- 5.3 El Art. 100 LIS como solución técnica imperfecta. Planteamiento del problema.....pág. 250.
- 5.3.1 Vías teóricas de solución.....pág. 253.
- 5.3.2 Casuística derivada de la duplicidad de canales
 contractuales susceptibles de encaje en la *aportación*
fiscal.....pág. 258.
- 5.4 Restablecimiento del equilibrio impositivo.....pág. 260.
- 5.4.1 Modelo ideal bajo la premisa de la racionalidad en la conducta de los agentes económicos...pág. 260.

VI. NORMAS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN. METODOLOGÍA DE OBTENCIÓN DEL EQUILIBRIO IMPOSITIVO.

- 6.1 Ajustes en caso de que la entidad adquirente contabilice por valores reales.....pág. 267.

VII. REGIMEN FISCAL DEL CANJE DE VALORES.

- 7.1 Valores recibidos por la entidad que realiza el canje.....pág. 271.
- 7.1.1 Controversia doctrinal.....pág. 271.
- 7.1.2 Regulación.....pág. 272.
- 7.2 Valores recibidos por los socios.....pág. 274.

VIII. TRIBUTACION DE LOS SOCIOS EN LAS OPERACIONES DE FUSION, ABSORCION Y ESCISION TOTAL O PARCIAL.

IX. SUPUESTOS DE PARTICIPACION PREVIA: PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE Y DE LA ADQUIRENTE.

9.1 La participación como parámetro condicionante del tratamiento fiscal. Repercusión tributaria en sede de la sociedad adquirente.....	pág. 282.
9.2 La entidad adquirente participa en el capital de la transmitente.....	pág. 284.
9.2.1 Cuando la participación sea al menos del 5 por 100.....	pág. 285.
9.2.1.1 El Art. 103.3 LIS. Afloración del fondo de comercio de fusión.....	pág. 287.
9.2.1.2 Referencia a las normas contables de valoración.	
Problemática de la imputación de valor a los	
activos.....	pág. 290.
9.2.1.3 Comentarios en torno a la indefinición del “fondo de comercio de fusión” como	
categoría.....	pág. 294.
9.2.1.4 Análisis global del equilibrio impositivo en el momento de la materialización	
de las plusvalías tácitas con anterioridad a la reforma del Art. 103 LIS.....	pág. 297.
9.2.1.5 Modificación del Art. 103 llevada a cabo por la Ley 24/2001. Permisividad de eficacia fiscal a la	
imputación de valor a los bienes y derechos.....	pág. 300.
9.2.1.6 Requisitos para la deducibilidad.....	pág. 303.
9.2.1.7 Economías de opción para la afloración de la diferencia amortizable.....	pág. 308.
9.2.1.8 Imputación temporal del gasto fiscal.....	pág. 311.
9.2.1.8.1 Modificación del Art.194.2 TRLSA.	pág. 312.
9.3 Cuando la entidad adquirente participe en menos del 5 por 100 en la transmitente.....	pág. 314.
9.4 Referencia al Art. 99 LIS. Plusvalías tácitas de la sociedad absorbida.....	pág. 315.
9.5 Cuando la entidad transmitente participe en el capital de la adquirente.....	pág. 316.

CAPITULO QUINTO: PERFIL EN ESTA SISTEMATICA DE DETERMINADOS EXTREMOS JURIDICO FISCALES INTERRELACIONADOS CON LA PERFECCIÓN DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION.

I. SUBROGACION EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

1.1 Introducción. La virtualidad del Art. 104 y la acogida al régimen especial.....	pág. 321.
1.2 Criterio de delimitación del Art. 104 LIS.....	pág. 324.
1.2.1 Subsunción de las operaciones de reestructuración en la órbita del Art. 104.1 o 104.2 LIS.....	pág. 327.
1.3 El Art. 104 LIS en interrelación con el Art. 72 LGT y el Derecho Privado.....	pág. 330.
1.4 Planteamiento. Delimitación conceptual entre sucesión y responsabilidad. Interrelación entre el Art. 104 LIS el Art. 72 LGT y la normativa mercantil.....	pág. 334.
1.4.1 Interpretación del Art. 72 LGT como mecanismo subrogatorio.....	pág. 341.
1.4.2 El Art. 104 LIS en interrelación con el Art. 36 LGT.....	pág. 342.
1.4.3 Sucesión en las responsabilidades tributarias.....	pág. 344.
1.5 Las operaciones de reestructuración y la sucesión en conceptos impositivos. Esquema básico. Recapitulación.....	pág. 345.
1.5.1 Trasmisiones comprendidas en la esfera del Art. 104.1 LIS.....	pág. 346.
1.5.2 Trasmisiones comprendidas en la esfera del Art. 104.2 LIS.....	pág. 347.
1.6 La extensión de la subrogación. <i>Activos y pasivos fiscales</i>	pág. 351.
1.6.1 Créditos tributarios y beneficios fiscales.....	pág. 351.
1.6.2 Subrogación en “Reservas”.....	pág. 352.
1.6.3 Subrogación en las obligaciones tributarias.....	pág. 353.
1.6.4 Posibilidad de sucesión en las sanciones tributarias.....	pág. 354.
1.6.5 La sucesión respecto al IVA.....	pág. 355.
1.6.5.1 La transmisión en bloque como “excepción al requisito de repercusión directa”.....	pág. 358.
1.7 Aspectos colaterales a la sucesión.....	pág. 359.

1.7.1 Alusión al Impuesto sobre Actividades Económicas.....	pág. 361.
II. LA POSIBILIDAD DE SUBROGACION EN LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS CON MOTIVO DE LA CONSUMACIÓN DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL.	
2.1 Planteamiento.	pág. 362.
2.2 Regulación de la transferencia del derecho a la compensación de bases imponibles negativas.....	pág. 366.
2.2.1 Adquirente no tiene participación en la transmitente.	pág. 367.
2.2.2 Adquirente tiene participación en la transmitente.....	pág. 369.
2.2.3 Sociedad adquirente y transmitente forman parte de un mismo grupo de sociedades de conformidad con el Art. 42 del Comercio.....	pág. 374.
2.3 Proyección del artículo 104.3 LIS sobre las operaciones englobadas en el perímetro del régimen especial.....	pág. 375.
2.4 Sucesión y funcionalidad del régimen especial.....	pág. 377.
2.5 Breve mención al Art.23.3 LIS.....	pág. 379.
III. LA IMPUTACION DE RENTAS. PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL DESARROLLO DILATADO DE LAS OPERACIONES DE FUSION Y ESCISION.	
3.1 Evolución normativa.....	pág. 381.
3.2 Introducción. Descoordinación entre la fecha de efectividad jurídica y económica de las operaciones. Problemática tributaria derivada.....	pág. 382.
3.2.1 Relevancia tributaria de la fecha de retroacción contable.....	pág. 388.
3.3 Incidencia sobre el período impositivo.....	pág. 390.
3.4 Reflexiones en torno a las rentas fiscales a imputar.....	pág. 394.
3.5 El Art. 105 LIS y el estatuto jurídico fiscal de los sujetos.....	pág. 398.
3.6 Alusión a la posible incidencia sobre la determinación de los pagos fraccionados del IS.....	pág. 401.
3.7 El Art. 105 LIS. Posibilidad de su proyección sobre las distintas operaciones de reestructuración.....	pág. 402.

CAPITULO SEXTO: OTROS EXTREMOS.

LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION Y EL REGIMEN DE CONSOLIDACIÓN FISCAL. OBLIGACIONES CONTABLES. DEBER DE COMUNICACIÓN. CLAUSULA ANTIFRAUDE.

I. INCIDENCIA DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL SOBRE LA COMPOSICION DEL GRUPO Y SU PERIODO IMPOSITIVO.

1.1 Introducción..... pág. 406.

1.2 Casuística en torno a la relevancia de las herramientas jurídicas al servicio de la reestructuración sobre la composición del grupo..... pág. 407.

1.3 Operaciones efectuadas en el seno de un grupo fiscal.....pág. 412.

1.4 Imputación de rentas.....pág. 415.

II. OBLIGACIONES CONTABLES.

2.1 Obligaciones de las entidades adquirentes..... pág. 415.

2.2 Obligaciones de los socios personas jurídicas..... pág. 418.

III. APLICACION DEL REGIMEN ESPECIAL. COMUNICACION.

3.1 Situación previa a la modificación introducida por la Ley 14/2000..... pág. 419.

3.2 El nuevo artículo 110.1 LIS de acuerdo con la redacción conferida por la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social..... pág. 424.

3.3 Desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 995/2001, de 10 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de regímenes fiscales especiales.....pág. 426.

3.3.1 Contenido de la comunicación y documentación anexa.....pág. 428.

IV. ANÁLISIS DE LA CLAUSULA ANTIFRAUDE.

4.1 Introducción.....pág. 432.

4.2 La modificación del Art. 110.2 LIS efectuada por la Ley 14/2000.....pág. 434.

4.3 La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997.....pág. 439.

4.4 Los instrumentos de recalificación administrativa en este contexto.....pág. 446.

4.5 Regularización administrativa.....	pág. 452.
--	-----------

**CAPITULO VII: PROYECCIÓN DEL REGIMEN FISCAL SOBRE OTROS CONCEPTOS IMPOSITIVOS.
NO SUJECIÓN EN EL IVA. EXENCIÓN EN EL ITPAJD. NO DEVENGO EN EL IIVTNU.**

I. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA)

1.1 Consideraciones previas.....	pág. 456.
1.2 El artículo 7.1 LIVA. La no sujeción y las particularidades intrínsecas de las operaciones de reestructuración.....	pág. 458.
1.3 Régimen ordinario de tributación.....	pág. 463.
1.4 Disposiciones que concretan el perímetro de la subrogación.....	pág. 465.
1.5 Naturaleza del mecanismo de inhibición de la carga tributaria.....	pág. 467.
1.6 Alusión al Art. 108 de la Ley del Mercado de Valores.....	pág. 470.

II. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (ITPAJD).

2.1 Introducción.....	pág. 471.
2.2 Marco normativo comunitario.....	pág. 473.
2.3 La exención en coordinación con el tejido del régimen especial.....	pág. 474.
2.4 Tributación de estas operaciones societarias en el ITPAJD en caso de no operar el régimen especial.....	pag. 480.
2.5 Teórica virtualidad del Art. 22 TR ITPAJD.....	pág. 483.
2.6 La Cesión global del activo y del pasivo.....	pág. 484.
2.7 La prima de fusión en el entorno del ITPAJD.....	pág. 486.
2.8 Las adjudicaciones en pago, para pago y en pago de asunción de deudas en el marco estructural de la fusión.....	pág. 487.
2.8.1 Especial referencia a las adjudicaciones en pago de asunción de deudas.....	pág. 490.

III. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU).

3.1 Introducción.....	pág. 492.
3.2 Ley Reguladora de las Haciendas Locales y régimen especial de la reestructuración de empresas.....	pág. 494.
3.3 Naturaleza jurídica del “no devengo”.....	pág. 497.

CONCLUSIONES.....pág. 499.

BIBLIOGRAFIA.....pag. 509.

CAPITULO I.

I. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO JURÍDICO-ECONÓMICO. PLANTEAMIENTO. EJE EXPOSITIVO. CONDICIONANTES SOBRE LA INTERPRETACIÓN.

1. Breve alusión al marco socioeconómico.

El terreno ideal en que fructifica el sistema normativo objeto de estudio es el de la reorganización y, particularmente, la concentración de empresas. La concentración empresarial es un fenómeno eminentemente moderno, propio de un estadio o fase avanzada del sistema capitalista, y cuya principal raíz se detecta en la práctica anglosajona (especialmente en Estados Unidos) de la primera mitad del siglo XIX.

La inercia de la natural evolución del liberalismo económico conduce a este producto de la racionalización de la economía¹. Su proliferación es una circunstancia reveladora de la filosofía capitalista, la cual, a través de la gradual intensificación de la competencia funcional, quiere optimizar la eficacia y eficiencia en el desempeño de los agentes económicos, actuando el sistema de precios como filtro, favoreciendo la adecuada asignación de los recursos de capital.

A tal efecto se ha creado un verdadero “mercado de adquisición de empresas”. En los modernos sistemas económicos, esencialmente desregulados y liberalizados, la empresa que, en la asunción del riesgo inherente a la ordenación de los factores de producción, no realice su gestión con un suficiente grado de eficiencia será

¹ La motivación de la concentración no es sólo la consecución de reducción de costes mediante economías de escala y sinergias. Pueden prevalecer otras múltiples causalidades como la obtención de financiación, acceso a nuevos mercados etc.

El objetivo teórico debe estribar en la maximización del valor añadido del accionista, si bien en la práctica, a menudo, un factor que impulsa las fusiones y adquisiciones es la función de utilidad de los directivos, proclives a desarrollar su tarea en organizaciones más potentes que interactúen en mercados más vastos.

“engullida” por aquella que sí lo haga, en aras de la mejora teórica de los estándares de bienestar social. En esta línea se ha aludido incluso a una teoría ecológica de las organizaciones empresariales.

El modelo de capitalismo industrial, que históricamente arranca con la primera Revolución Industrial acaecida en la Inglaterra del siglo XVIII, proporciona el definitivo impulso al desarrollo de la empresa. A tal efecto surge la sociedad anónima como técnica de organización empresarial.

El paulatino crecimiento reclama las consiguientes necesidades de capital para atender las inversiones productivas. Se desarrolla la denominada economía financiera, con sus instituciones y mercados. Las empresas emiten acciones y bonos, como fuentes de financiación, y adquieren unidades económicas.

En este marco se origina, dada la dilución del capital social, la significativa ruptura entre el derecho de propiedad y la verdadera administración en la gran empresa capitalista.

En la última etapa del capitalismo financiero cobran extraordinaria importancia los movimientos de concentración e internacionalización del capital. Se produce la transición de la empresa simple a la múltiple. La empresa, en los países desarrollados, se erige en una unidad financiera y de decisión, prevaleciendo el concepto medular de “organización”, como unidad compleja provista de una connatural y dinámica vocación adaptativa al entorno económico, de frecuente estructuración plurisocietaria (grupo).

Tras la segunda guerra mundial progresivamente triunfa el modelo de empresa gerencial, cuyos signos externos más visibles son la estrategia de diversificación y la estructura multidivisional.

En concreto, a partir de 1973, se produce lo que se ha denominado como segunda ruptura industrial, en un mundo caracterizado por la incertidumbre tecnológica y la fragmentación de la demanda. No se concibe un modelo ideal de empresa, sino se contempla una gama de permutaciones posibles en función de las variables concurrentes.

Las empresas se ven abocadas a una continua reorganización y, concretamente, a una readaptación de su substrato patrimonialista, muy particularmente en las últimas décadas con motivo del fenómeno de la globalización, en un escenario cada vez más competitivo, para acomodarse a las fluctuaciones del mercado.

No debe confundirse, en todo caso, la reestructuración con el crecimiento externo empresarial², pues los más generosos contornos del primer concepto pueden abarcar además, como destacaremos, a la descentralización patrimonial y a la simple recomposición *cualitativa* del patrimonio a través de la sustitución de activos.

En este contexto el ordenamiento se ve compelido a brindar instrumentos jurídicos para que las entidades optimicen su substrato patrimonial, otorgando una gama de posibilidades para cincelar la unidad económica y fraccionarla en las unidades jurídicas deseadas.

La llamativa proliferación de las operaciones de reestructuración se está configurando como un rasgo característico del nuevo capitalismo. Precisamente, en el ámbito comunitario, la moneda única ha actuado como elemento catalizador, por lo que, en correlación, cobra renovado y creciente interés su régimen jurídico y, a

² Existen dos maneras de materializar el crecimiento de la empresa: el crecimiento interno que se plasma en la inversión y el crecimiento externo o financiero, el cual se basa en la fusión, adquisición y control de empresas. Este último ha adquirido singular pujanza, incluso como propio objetivo de filosofía empresarial en ocasiones preferente a la obtención de un excedente económico o beneficio.

nuestros efectos, fiscal.

Ahora bien estos cauces negociales revisten características muy singulares, dado que su estructura contractual se erige sobre determinados fundamentos todavía incipientes en las actuales construcciones, cuajadas en el Derecho Común y teoría general del Derecho, fundamentalmente en interrelación con el presupuesto de la transmisión de unidades empresariales y conjuntos económicos, en cuya sede queda pendiente la articulación, a determinados efectos, de hilos conductores flexibles entre el concepto de empresa y el de sociedad³.

Estas connotaciones dotarán, en nuestra opinión, de un elevado interés a nuestro análisis, enmarcado, en definitiva, en una muy original encrucijada del actual Derecho tributario y privado, asentados, en lo concerniente a esta materia, en basamentos un tanto precarios, y sumidos en un proceso evolutivo al respecto.

2. La Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990. El imperativo de no imposición y el diferimiento de gravamen.

En nuestro marco debemos partir de que, como es sabido, de conformidad con la actual teoría de la hacienda, la plusvalía (ganancia de capital), se devenga cuando se “realiza”, es decir no se gravan los incrementos de valor latentes en los activos (diferencias entre valor histórico fiscal y valor normal de mercado) entretanto no se perfeccione el consiguiente acto de disposición (la “transmisión jurídica”) que aflore dicha renta económica.

En este sentido las operaciones, objeto de análisis, se caracterizan por incorporar, en su engranaje contractual, una transmisión, como herramienta que

³ Podemos destacar, para advertir acerca de la necesidad evolutiva inherente a estos cauces jurídicos, que el proceso de globalización está modificando la estructura clásica de los grupos de sociedades multinacionales, con la paulatina aparición de la empresa global, cuya producción se realiza en su mayor parte fuera del país en que reside la sociedad matriz. A tal efecto una de las funcionalidades básicas de estos negocios jurídicos consiste en constituir instrumentos para el diseño de los grupos societarios (formación de entidades holding etc.).

materializa los objetivos de reorganización, la cual exteriorizaría las consiguientes plusvalías que se integrarían, conforme a los parámetros jurídico fiscales ordinarios, en la base imponible de la entidad transmitente, frustrando dicho coste tributario la generalidad de estos proyectos.

En este contexto el Derecho Comunitario ha incardinado una alternativa que exonere determinadas operaciones de los rigores de la fiscalidad inmediata, dada su funcionalidad instrumental en orden a la readaptación, financiera y patrimonial, de la empresa europea.

De esta manera para favorecer la integración y reorganización de las empresas comunitarias, impidiendo por añadidura el trato discriminatorio de operaciones transfronterizas respecto de las nacionales, nació la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, la cual introduce la metodología del diferimiento impositivo.

De los considerandos de la Directiva se desprende que el régimen pretende “evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones”, estableciendo para estas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia. De este modo las referidas operaciones gozarán de un tratamiento tributario cualificado y estable, para posibilitar la reestructuración estratégica de las entidades.

Cabe recordar que la línea maestra clásica que preside la acción comunitaria, en la armonización de la imposición directa, radica en el principio de subsidiariedad. Sólo se despliega, pragmáticamente, sobre aquellos extremos estimados como imprescindibles para el cumplimiento de los objetivos y libertades

del Tratado. Se desprende pues la importancia otorgada a esta materia⁴.

Esta norma se encuentra interrelacionada, por lo demás, con la libertad de establecimiento para las personas jurídicas, la cual conlleva facilitar la movilidad en la creación y traslado de empresas, haciendo abstracción de su caparazón jurídico-formal.

En nuestro país el fenómeno de la reestructuración empresarial y, a nuestros efectos, su vertiente tributaria, ha merecido una atención marginal entretanto la apertura de nuestra economía, tradicionalmente replegada sobre sí misma, no vinculó a abordar su regulación global. La tarea es afrontada con manifiesto retraso, en particular tras la integración en la CEE, en contraste con los países de nuestro entorno, y en el marco del proceso de reconversión industrial.

La Ley 76/1980 sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas representó el primer intento serio de normativa sistemática, si bien se enmarcaba en un momento de transición hacia determinadas instituciones jurídicas modernas, y adolecía de una pobre calidad normativa. Esta norma gravitaba en torno a la técnica de la bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota derivada de los incrementos de patrimonio manifestados.

La Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, adaptó la Directiva 90/434/CEE, introduciendo en nuestro Derecho la técnica del diferimiento. Esta norma asentó las hechuras de la actual regulación, por cuanto obedecía a la idea básica de neutralidad y no intervencionismo administrativo.

⁴ De acuerdo con el tenor de la Directiva "... las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común".

En la actualidad nuestro ordenamiento comprende el tratamiento tributario de la materia, en particular (no exclusivamente), en los artículos 97 a 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), tejiendo una compleja sistemática que impregna, en principio, de un grado de privilegio a los negocios jurídicos previstos por la normativa comunitaria (fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores), los cuales brindan una gama de variantes para consumir procesos de concentración, segregación empresarial y de adquisición de un porcentaje significativo del capital⁵.

2.1 Referencia a la nota de especialidad inherente al régimen jurídico de las operaciones de reestructuración.

La configuración estructural de las enunciadas operaciones ofrece una mínima homogeneidad, dado que, en principio, instrumentan transmisiones de unidades empresariales (sea a través de la enajenación de sus activos y pasivos o bien de los valores representativos del capital social).

Asimismo no abarcan fórmulas mixtas de acciones y metálico, como contrapeso de las transferencias patrimoniales, sino que la directriz será el carácter residual de la contraprestación líquida⁶.

⁵ Un tema superpuesto es el tratamiento fiscal de la transmisión de empresas. Por lo demás, obviamente, existen vías de adquisición de empresas desconectadas de nuestro eje expositivo (adquisición mortis causa, donación, enajenación de derechos de suscripción, arrendamiento de empresa, como modo de dominación de la entidad arrendataria sobre la arrendadora de génesis contractual etc.).

⁶ En esta línea estas operaciones cumplimentan, en principio, los requerimientos que el Art.20 de la séptima Directiva (relativa a las cuentas consolidadas) precisa para la aplicación del método contable de unión de intereses, que presupone una básica continuidad empresarial (las acciones poseídas representan al menos el 90 por 100 del capital, la retribución consiste en la entrega de acciones, no existe un pago al contado superior al 10 por 100 del valor nominal).

En primer lugar debemos subrayar la originalidad del régimen jurídico, sustantivo y tributario, a que, como es reconocido, se hacen acreedoras estas operaciones, ya sea con apoyo en una motivación técnica, debido a su singularidad intrínseca, ya por la funcionalidad económica que pueden cubrir.

De hecho han sido objeto de una relativa agrupación metodológica, con las matizaciones que resaltaremos, tanto a efectos del Derecho Privado como del Derecho Fiscal, fundamentalmente, en este contexto, para inyectarles un determinado grado de privilegio.

En realidad la esquematización de la materia, aun absolutamente imperfecta, tradicionalmente se ha abordado con mayor creatividad y esmero desde el prisma fiscal y contable⁷, disciplinas pioneras en este trabajo.

Desde la óptica jurídico-privada, no obstante, se reconoce el especial barniz que impregna estas operaciones y que debe condicionar, también en este ámbito, su estatuto jurídico, constituyendo una reiterada petición de la doctrina la promulgación de una Ley específica para las operaciones de modificación estructural, que clarifique su régimen jurídico mercantil.

Se viene aludiendo, desde este prisma, a las denominadas “operaciones de modificación estructural”⁸, comprendiéndose a la fusión, escisión, aportación no dineraria, canje de valores, transformación societaria y cesión global del activo y del pasivo, como negocios jurídicos que brindan la oportunidad de rediseñar el

⁷ Labatut Serer G. Y Martínez Vargas J. (“Tratamiento contable y fiscal de las fusiones en España. Evidencia empírica para el período 1992-1996”) (Impuestos, mayo 2001, nº 9, P. 98) ponen de relieve que “En España, las disposiciones fiscales en materia de fusión y escisión de sociedades se han tomado como guía de actuación, no sólo en el aspecto puramente tributario de estas operaciones, sino que también hayan prevalecido en la información de carácter general acerca de las mismas. En este sentido, desde los años 80, nos hemos remitido tradicionalmente a las normas fiscales como referencia para el tratamiento contable de estas operaciones”.

⁸ Así Vicent Chuliá F. (en la obra colectiva: Las operaciones societarias de modificación estructural, editorial Tirant lo blanch, Valencia 2001, P.17) destaca que las modificaciones estructurales afectan a la “estructura de la sociedad” y no sólo a sus estatutos sociales.

A tal efecto considera como “estructura”:

a) La forma jurídica de organización de la entidad, en relación con la operación de transformación societaria.

b) La transmisión en bloque del patrimonio, en cuyo epígrafe sistemático inscribe la fusión, la escisión y cesión global del activo y del pasivo.

c) La adquisición del control, donde subsume al canje de valores y la aportación social.

substrato patrimonialista de la persona jurídica, primordialmente mediante el *mecanismo* de la transmisión de conjuntos patrimoniales organizados.

En este sentido, sin perjuicio de la identidad en la nomenclatura negocial, existe una correlación absolutamente imperfecta, aunque compartan una extensa franja material, entre las operaciones denominadas de “modificación estructural” y las fiscalmente protegidas⁹.

En cualquier caso interesa poner de relieve que el enunciado matiz diferencial, que tiende a caracterizar su estatuto jurídico, fiscal y mercantil, se halla definido de forma muy incipiente y que, a su vez, la sistematización jurídica de estas operaciones se halla en una etapa evolutiva¹⁰ todavía muy primaria, circunstancia que se convertirá en un semillero de problemática, en los términos que resaltaremos , tanto en la interpretación del Derecho Fiscal como en su imbricación con el Derecho Común supletorio.

Precisamente este carácter embrionario de la ordenación jurídica de la materia justifica, parcialmente, el interés que, en nuestra opinión, reviste el estudio del régimen tributario, el cual se inscribe en un terreno que cabría denominar como “resbaladizo”, en el sentido de que carece de un sostén normativo sólido que le brinde coherencia.

2.2 Introducción a las características estructurales del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración.

⁹ No se incluye en el régimen fiscal una operación clásica de reestructuración, como es la de transformación (que provoca una simple metamorfosis del formato jurídico) porque, en nuestro Derecho, esta operación no apareja una transmisión jurídica ni exterioriza, por consiguiente, renta fiscal. Precisamente se caracteriza por ser una técnica jurídica que incorpora un reducido coste al no acarrear una sucesión en las relaciones jurídicas.

¹⁰ El impulso ha partido de los países anglosajones cuyos sistemas jurídicos incorporan, tradicionalmente, una especial agilidad en las fórmulas contractuales brindadas para la adquisición y reestructuración de empresas.

Nuestro ordenamiento delimita, para las referidas operaciones, una dualidad de regímenes de imposición. Las plusvalías que se manifiesten, con motivo de estos procesos, podrán ser objeto de diferimiento (régimen especial), siempre que persista un elemento de conexión de los elementos con el territorio español que asegure la futura tributación de las rentas diferidas. Ahora bien dicho régimen se configura como opcional, pudiendo renunciarse al mismo.

El objetivo primario del sistema consiste en descargar de implicaciones tributarias inmediatas a la operación protegida, aplacando paralelamente las paralelas imperfecciones técnicas acarreadas, en ocasiones inevitables.

De esta manera un rasgo nuclear de la mecánica consiste en su carácter de régimen de excepción, pues se halla encaminada a sortear armoniosamente los esquemas genéricos de imposición, para así bloquear la imposición inherente a las operaciones, lo que acrecienta el interés que suscita el análisis de su interacción con el Derecho tributario, en cuyo seno opera, como un bloque, en cierta medida, “extraño”, matizando la ordinaria eficacia jurídica de numerosos preceptos.

Esta es otra nota que debe despertar el interés por el estudio de la materia, para observar cómo se plasman los anteriores postulados, es decir cómo se levantan las barreras que representan los efectos tributarios ordinarios que, de no existir el régimen, se proyectarían sobre las operaciones, en una multitud de aristas, no circunscritas a aquellos preceptos cuyo juego ocasionaría la solidificación de deuda tributaria, ello, además, en una materia presidida por una tendencia evolutiva latente.

En cualquier caso es importante destacar, para centrar adecuadamente nuestra exposición, que el régimen tributario de estas operaciones resulta manifiestamente cualificado, aun en el caso de que se ejercite la renuncia al régimen especial,

circunstancia que corrobora el acentuado matiz diferencial que impregna su fiscalidad.

De esta manera la materia requiere inexcusablemente una reordenación, que intentaremos emprender, pues, como advertiremos, la interpretación adquirirá perfiles notoriamente originales.

La filosofía que proveerá de coherencia interna a las piezas del sistema que configura el régimen especial y, en última instancia, permitirá cumplimentar el postulado de no imposición, radica en ignorar el presupuesto de la transferencia jurídica mediante la consecución de una yuxtaposición perfecta, a estos efectos, entre las esferas subjetivas de las entidades partícipes.

La articulación de la sistemática instrumental del “diferimiento” se materializa gracias a sus técnicas de concreción, engarzadas a la filosofía anticipada. La abstención de gravamen se plasma a través de la “no integración” en base imponible de las rentas fiscales en el marco del Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS). En otro escalón el sistema requiere su objetivización a través de una pieza funcional, la regla de la continuidad.

A tal efecto como, de no operar el régimen especial, las rentas fiscales se devengarían en sede del sujeto transmitente, se trasladan, formalmente, indemnes las “*expectativas*” de gravamen a la entidad adquirente a través del resorte básico de la continuidad, en sede de la entidad adquirente, de las cualidades fiscales engarzadas a los elementos y, en general, a la unidad económica transmitida.

La LIS construye, en definitiva, una elaborada metodología que cuaja las necesidades más abstractas relacionadas, desplegando para ello una lógica interna autónoma dimanante de la ficción que la sustenta.

Las coordenadas que conforman el diferimiento están ceñidas a los parámetros liquidatorios propios de la imposición sobre la renta, hallándose enfocadas a

exonerar de tributación las plusvalías larvadas en los elementos.

En realidad la perfección de estas operaciones, las cuales canalizan transferencias de complejos conjuntos patrimoniales, puede generar la afloración de una pluralidad de manifestaciones de capacidad económica gravables, abarcadas por diversos hechos imposables de nuestro sistema tributario.

El régimen, correlativamente, en los términos que reseñaremos, trasciende los estrictos umbrales de la imposición sobre la renta (IS e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en adelante IRPF), acoplándose a las características de la estructura liquidatoria de cada tributo (Impuesto sobre el Valor Añadido, en adelante IVA, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante ITPAJD, e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en adelante IIVTNU), para intentar obviar armoniosamente la carga tributaria respectiva.

En realidad la sistemática se erige en un tejido alternativo de tributación, con su balanza de contrapesos interdependientes, en el marco de la imposición sobre la renta y en un simple beneficio fiscal en la esfera de la imposición indirecta, cuya operatividad se desvincula de la efectiva opción por el régimen especial.

3. Virtualidad del principio de neutralidad en esta sistemática.

El eje funcional que preside el sistema radica en no desalentar pero, teóricamente, tampoco estimular las operaciones. Esta directriz ideal atempera a la más tangible de la exclusión de la tributación inmediatamente engarzada a las mismas. En esta línea no debiera proyectarse sobre ellas ni carga tributaria

inmediata, que empañe la cristalización de decisiones de índole estrictamente empresarial, ni tampoco “beneficio” alguno distinto del estrictamente vinculado al diferimiento impositivo.

Este ideal posicionamiento neutral de la fiscalidad será de imposible plasmación práctica, en su plenitud, pero condicionará poderosamente la interpretación.

El principio de neutralidad, en términos generales, vincula a diseñar un sistema fiscal que minimice la proyección de sus interferencias sobre la racional conducta de los agentes económicos¹¹. En nuestro marco se detecta una muy cualificada dimensión del mismo, debiendo entenderse básicamente orientado a no obstaculizar la génesis de determinadas construcciones contractuales, en concordancia con el mandato de la Directiva 90/434/CEE.

Observamos pues una bifurcación, respecto de la usual esencia del principio en el IS, puesto que existen intereses extrafiscales prioritarios al clásico respeto a la capacidad económica, en cuanto mandato para el legislador que tanto le impulsa a guardar una proporcionalidad en sus presupuestos configuradores como le ordena hacer tributar aquellos índices cristalizados por razones de coherencia técnica y premisas de justicia tributaria.

Ahora bien nos interesa incidir en que el imperativo de neutralidad no se constituye únicamente en un principio teórico, vinculado con el interés ideal, sino que representa un autentico parámetro endógeno del modelo que otorga significación dinámica a los mecanismos que lo cimentan, alimentando

¹¹El “Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades” resalta que el principio de neutralidad exige que el IS se estructure de forma que no influya respecto de las decisiones relativas a las fuentes financieras, los proyectos de inversión, el lugar en que es conveniente ubicarlos, la combinación de factores en el proceso productivo, la forma jurídica bajo la cual se situará la titularidad de la inversión a realizar y el tamaño de la empresa.

directamente la interpretación del significado que debe prevalecer de las reglas continuistas y restantes piezas que sedimentan el régimen.

En principio, desde una perspectiva más concreta, cabe concebirlo, teóricamente, como la consecución armoniosa del desconocimiento de la manifestación de una cascada de índices de capacidad económica, susceptibles de gravamen, conectados con la ejecución de la operación, sin, por ello, trastocar las expectativas futuras de tributación de las entidades partícipes. Cabe comprender la dificultad en lograr esta ambiciosa exigencia bifronte, dado que la consumación de las operaciones puede acarrear una multiplicidad de repercusiones, más o menos inmediatas, sobre la posición tributaria de las entidades.

De este modo la cristalización del imperativo de no imposición obligará a minimizar las distorsiones técnico-jurídicas, propias de un régimen de excepción. A su vez la regla continuista apuntalará el objetivo de petrificación de las “expectativas” de gravamen.

El reiterado principio se convierte pues en basamento que nutre directamente la interpretación, resultando capaz de iluminar acerca de las fisuras que puede presentar la norma en la aprehensión de determinadas hipótesis fácticas.

En esta línea es importante subrayar la imposibilidad práctica de engendrar un bloque normativo cohesionado, que acoja toda la posible problemática subyacente, en el marco del Derecho positivo vigente.

En primer lugar porque los negocios jurídicos en cuestión impulsan transferencias de universalidades patrimoniales, reluciendo una constelación de índices potencialmente susceptibles de tributación muy rica.

En segundo lugar por el extenso abanico subyacente de posibilidades de economía de opción que se presentan, directa o indirectamente, para optimizar la situación tributaria global con motivo de la consumación de los negocios jurídicos,

no circunscritas en absoluto al presupuesto central del descarte de su imposición “inmediata”, y cuyo aprovechamiento no se compadece con la sutil esencia del eje de la neutralidad.

En esta línea cabe subrayar, para complementar la debida intelección del principio, que el mismo también requiere, tácitamente, que la causa que impulsa la realización de las operaciones se sustente en motivos económicos válidos distintos del mero aprovechamiento de las posibles ventajas tributarias, puesto que el espíritu subyacente radica en tutelar una autentica reestructuración empresarial¹².

En tercer lugar la propia metodología articulada, para inhibir la carga tributaria, se materializa en la génesis de unas herramientas técnicas que, por su esencia, no pueden abarcar la resolución de cada hipótesis fáctica, sino, más bien, proporcionar una directriz interpretativa.

La norma no puede descender, por ejemplo, a prever casuísticamente como debe cristalizar en cada extremo la continuidad en las cualidades fiscales, las cuales en absoluto se limitan al valor fiscal y fecha de adquisición de los elementos.

Así pues podemos entrever que la interpretación deberá ser naturalmente complementada a través del idóneo entendimiento del principio de neutralidad, que a modo de lente contribuirá a enfocarla.

En todo caso la solución neutral será aquella que suspenda la pacífica proyección futura de los esquemas de imposición ordinarios, preservando inalterada su potencial eficacia. A tal efecto la interpretación deberá atender al planteamiento prefijado del régimen de tributación genérico para resolver acerca de su armoniosa pendencia.

¹² La Directiva resalta que “conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal”.

Otro reverso del principio, enlazado a los ya citados, estriba en la consecución del equilibrio de imposición, esto es en un futuro debiera tributar una renta coincidente con la diferida.

A tal efecto cabe considerar que si bien la metodología trata de arbitrar la continuidad pivotando, desde un punto de vista metodológico, en torno a los elementos patrimoniales *que encierran las rentas*, a su vez el IS es un impuesto de carácter subjetivo en el que incorporan manifiesta relevancia circunstancias “personalísimas” de los sujetos sobre el proceso de solidificación de la deuda tributaria.

Por añadidura podemos aludir a la dificultad en la neutral comunicación de la carga tributaria del sujeto transmitente al adquirente, dado que, a menudo, en función de la operación, el transmitente (así como sus socios) puede ser una persona física, mientras que el adquirente será una persona jurídica.

La conjunción de todas estas variables incide en que la interpretación de la normativa se convierta en una tarea sumamente delicada, pues deberá conciliar el disfrute del conducto normativo con la necesidad de impedir su aprovechamiento elusivo, a menudo mediante el despliegue de una interpretación finalista, a la cual, en definitiva, vinculan los factores destacados.

Esta circunstancia, por lo demás, se pone de manifiesto en la constatación de unos pronunciamientos doctrinales, administrativos y jurisprudenciales titubeantes y, en ocasiones, profundamente contradictorios entre sí.

3.1 Dificultades en la sistematización tributaria.

Abordaremos, ahondando en la línea argumental anterior, las notables dificultades que se le suscitan al legislador fiscal en su tentativa de sistematización parcial del fenómeno, con motivo de las cortapisas que apuntaremos: falta de un sostén jurídico-privado firme, inadecuación añadida de las estructuras jurídico tributarias clásicas para aprehender determinados parámetros, así como el connatural despliegue de la ficción que apuntala el régimen fiscal, el cual reviste una relativa indeterminación.

De esta manera una premisa distintiva radica en la constante necesidad de reinterpretación de la norma, exigencia que dimanará de los condicionantes reseñados y, en concreto, de la inmadurez de las ramas jurídicas implicadas en orden a la resolución cerrada de ciertas cuestiones candentes.

Llegados a este punto podemos recapitular y observar, muy brevemente, las características básicas de la evolución normativa, para comprender mejor la gestación del rasgo subrayado.

Uno de los esenciales problemas de la Ley 76/1980 (así como de la tradicional legislación tributaria acerca de la reestructuración de empresas) derivaba de la sonora interferencia de la norma tributaria sobre la vertebración contractual de las operaciones, la cual supeditaba la concesión de los beneficios a que éstas cristalizaran de una u otra forma.

El legislador intentaba cerrar pormenorizadamente los huecos que podía arrojar el trazado normativo, taponando correlativamente resquicios a la economía de opción para, desde una perspectiva amplia y no circunscrita a la bonificación de las plusvalías, impedir que la consumación de las operaciones se instrumentase para planificar y mejorar la situación tributaria global de las sociedades partícipes.

Este frágil planteamiento, antítesis frontal de la neutralidad, en consonancia con la conciencia del legislador en torno a la inmadurez de las instituciones

jurídicas, aún no armonizadas con el Derecho Comparado, desembocaba en un diseño técnico-jurídico muy quebradizo. Cada solución se formulaba, sin afán sistemático, con visión estrecha, sin atender a las distorsiones que la pieza respectiva podía provocar sobre la racionalidad del bloque normativo conjunto.

En consecuencia los problemas de interpretación se concatenaban, propagándose por todo el tejido normativo, al carecerse de una perspectiva de conjunto que inspirase las soluciones específicas y las revistiese de una lógica uniforme.

La ley 29/91 supone la encrucijada en que se pasa de una metodología de bonificación ad hoc a una verdadera sistemática cimentada en la refinada técnica del diferimiento.

El vuelco en la concepción es radical, una vez que ya se cuenta con el descargo de una coordinación mínima del Derecho Mercantil y contable español con el Derecho Comparado y, en particular, con el comunitario¹³, que proporciona un resguardo técnico a los tentáculos de la calificación tributaria, a su vez sincronizada con las modernas corrientes científicas en su interacción con las instituciones del Derecho Privado.

En la actualidad el problema reside en el insuficiente dinamismo de determinadas instituciones jurídicas para aprehender un fenómeno tan vivo. Ahora bien esta problemática no es ya exclusiva de nuestro ordenamiento sino que, compartida en el Derecho Comparado, conecta con la presente etapa evolutiva del Derecho Privado y Fiscal.

La sistemática se caracteriza precisamente por su no interferencia sobre el Derecho sustantivo y por la supresión indiferenciada de cualquier exigencia

¹³ Normativa contenida esencialmente en la Ley de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y el Reglamento del Registro Mercantil. Fue la Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, la que dio el paso definitivo en el proceso de uniformidad con el Derecho de nuestro entorno.

superflua para la obtención de los *beneficios*. Se desatan todos aquellos nudos que aferraban la libertad contractual, excepción hecha de aquellos requisitos que descansen en insoslayables premisas técnico-jurídicas.

El planteamiento es pues neutro, dirigido a esbozar una construcción coherente, cuya filosofía arroje luz acerca de la interpretación de cada extremo. La formulación de la concepción que encierra la metodología (continuismo en las cualidades tributarias, omisión de colisión sobre las coordenadas fiscales prefijadas y amparo de una reestructuración veraz), suplantará ventajosamente al deslabazado estilo casuístico de la Ley 76/1980.

La consecuencia, no obstante, será la génesis de una sistemática, en cuyo marco será precisa la labor de reinterpretación de la normativa, modulada bajo el foco que proyectan sus principios inspiradores.

En definitiva cabe concluir que, al haberse suprimido cualquier columna normativa referida a circunstancias objetivas que pudieran aligerar la tarea probatoria, concernientes, por ejemplo, a la afección empresarial de los bienes transmitidos, acogándose indistintamente una vasta gama de operaciones, la interpretación se desarrollará en un escenario presidido por una cierta inseguridad jurídica, dada la variedad de vías de planificación fiscal, directas e indirectas, entreabiertas. Esta circunstancia representa el contrapeso de las indudables ventajas que el planteamiento comporta.

Cabe subrayar además que la norma se encamina inequívocamente en la dirección de la elasticidad. En este sentido podemos referirnos a las novedades de la Ley 43/95 consistentes en la posibilidad de renuncia parcial al régimen especial y de subrogación en las bases imponibles negativas.

En cualquier caso otra consecuencia estriba en la vocación de mutación de la normativa tributaria, en reacción tanto a las vías de economía de opción

propugnadas por la imaginación de los operadores, como para acoplarse a las actualizaciones que en el Derecho sustantivo deberán acaecer, previsiblemente, para superar paulatinamente el modelo vigente.

A tal efecto cada año, vía ley de acompañamiento a la de Presupuestos, el legislador introduce continuos remiendos técnicos, tendentes a cerrar grietas manifestadas de índole técnica.

Resulta revelador de la trascendencia que reviste el deslinde entre fraude y economía de opción, el hecho de que el Art. 107 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT) establezca que las consultas formuladas a la Administración tendrán carácter vinculante, en lo que concierne a la interpretación y aplicación del régimen de las operaciones de reestructuración empresarial.

Cabe mencionar asimismo el inusual número de consultas planteadas a la Dirección General de Tributos (en adelante DGT), habiéndose hilvanado un verdadero cuerpo de doctrina administrativa al respecto.

De hecho las consultas de la DGT representarán, en nuestra exposición, un muy importante instrumento de análisis, puesto que realizan una verdadera labor de matización de los perfiles de la sistemática, tanto desde un prisma casuístico como en la fijación de criterios interpretativos pretendidamente genéricos.

3.1.1 El condicionante de la deficiente sistematización jurídica de la materia.

En teoría, de conformidad con lo explicitado, una sistematización sólida de esta materia debiera abarcar, más allá de parcelaciones disciplinares formalistas, una franja unitaria comprensiva de las regulaciones tributaria y mercantil,

recíprocamente imbricadas, cuyas respectivas soluciones sui generis, a la vez conjugasen con los principios técnicos propios de cada rama.

En el Derecho comparado podemos mencionar las Leyes alemanas, de 28 de octubre de 1994, sobre actualización del Derecho de las modificaciones estructurales, que regulan, con vocación unitaria, su régimen sustantivo y fiscal.

En contraste con lo expuesto no existe en nuestro Derecho Privado una normativa que aglutine la prolija problemática dimanante y arroje luz sobre demasiadas cuestiones que permanecen en el aire. Cabe subrayar que en este ámbito la importancia del Derecho positivo es muy superior a la de la autonomía de la voluntad.

Dicha norma específica, deseable de lege ferenda, aclararía el diferencial jurídico de estas operaciones y las ricas peculiaridades dimanantes del presupuesto de la traslación de conjuntos patrimoniales, suministrando simultáneamente a la norma tributaria un colchón flexible sobre el que edificar sus esquemas.

En concreto podemos referirnos a la irregular ligazón técnica formulada entre diversos cauces jurídicos, económicamente equivalentes. A tal efecto, básicamente, la adquisición de una unidad empresarial puede canalizarse, primero, mediante la transmisión de la universalidad patrimonial de una entidad o bien, segundo, a través de la cesión de los títulos representativos de su capital social.

En nuestro ordenamiento subyace: a) un insuficiente engarce entre aquellas operaciones “paralelas” comprendidas en la primera clasificación, b) un vacío normativo referente al tratamiento de las operaciones que instrumentan la transmisión de participaciones en el capital; c) una manifiesta ausencia de puntos de conexión entre ambas modalidades de operaciones.

Igualmente cabe destacar que la sistemática, en mayor o menor medida, se ve

indirectamente salpicada por el problema de nuestro Derecho patrimonial en torno a la deficiente delimitación de un concepto jurídico de la empresa y de su virtualidad como ente objeto de negocios jurídicos.

Por añadidura cabe destacar los numerosos preceptos que contemplan en nuestro derecho Tributario, sin hallarse imbricados entre sí, una u otra vertiente de las hipótesis de transmisiones jurídicas de patrimonios empresariales, los cuales pudieran cobrar relevancia interpretativa, directa o indirectamente así como la inmadura categorización de instituciones, como la subrogación en derechos y obligaciones tributarias.

Por consiguiente, a su vez, la luz que el “Derecho Tributario Genérico” arrojará sobre la interpretación será hasta cierto punto tenue.

La confluencia de estas circunstancias redundará en una falta de sincronización entre la normativa del régimen fiscal especial y el natural contexto jurídico en que debiera encajar.

Nos encontramos, en definitiva, ante un subsistema, subsumido en un sistema más amplio (el ordenamiento tributario) a su vez obviamente incardinado, como rama disciplinar, dentro de la esfera del ordenamiento jurídico unitario. Entre estos tres círculos concéntricos, que debieran ensamblar con fluidez, se derivarán fricciones y desajustes, los cuales inevitablemente se comunicarán, a nuestros efectos, a la metodología del diferimiento.

3.1.2 Estratificación básica del régimen especial.

A muy grandes rasgos, a nuestros efectos expositivos, dentro del bloque normativo que configura el sistema, podríamos segmentar tres compartimentos, los cuales definen las líneas maestras del régimen:

- a) La caracterización de las operaciones susceptibles de tutela.
- b) La articulación de los efectos técnicos intrínsecos que se derramarán sobre ellas, especialmente, en el IS, la no imposición en sede del sujeto transmitente y la consiguiente continuidad de cualidades fiscales en la entidad adquirente.
- c) La fijación del perfil que cobran en este ámbito determinadas instituciones jurídico tributarias, fundamentalmente enlazadas con la perfección del proceso y la sucesión en las relaciones jurídicas pero sin conexión lógica inmediata con las rentas, que devengaría la transmisión, como vector conceptual, ni, por tanto, con los ejes del esquema que modelan su posible diferimiento (nos referimos a la subrogación en derechos y obligaciones tributarias, tratamiento de las rentas fiscales devengadas por la sociedad fusionada hasta el instante de su extinción jurídica etc.).

El fundamento que inspira estas soluciones, por consiguiente, no reside en la concesión de una ventaja o desventaja tributaria. Simplemente responden a la lógica técnica del modelo.

En síntesis sobresale una considerable falta de coordinación entre estos tres apartados sistemáticos, presupuesto que, a modo de grillete, se materializará en la producción de muy diversos problemas.

Precisamente será la carencia de rigurosidad técnica y metodológica en la estratificación de las operaciones (primer compartimento) la que comunicará un apreciable grado de distorsión sobre los otros dos círculos compartimentados, dado que la natural proyección de las soluciones inscritas en estos últimos, sobre las

operaciones, debiera descansar, idealmente, en el resguardo de una suficiente uniformidad estructural entre ellas.

En esta línea, a efectos de interpretación, el despliegue supletorio del Derecho Común anudado a la segunda y, especialmente, tercera órbita chocará con la fragilidad de la desagregación conceptual delimitada en la primera, originándose una fuente de problemas interpretativos.

De otro lado, si nos ceñimos al que hemos denominado tercer compartimiento, como se trata de extremos desconectados de las estrictas piezas que alumbran el diferimiento, existirá un halo de inseguridad en torno a si las respuestas previstas son eficaces, exclusivamente, bajo el imperio del régimen especial.

En este sentido ocurre que la regulación de las referidas instituciones, en este marco, arroja ciertas soluciones verdaderamente novedosas que violentan, en cierta medida, las estructuras jurídico-fiscales tradicionales.

En definitiva, en esta básica disección, concluimos que la esquemática del régimen, con motivo de las características del contexto jurídico en que se enmarca, está hilvanada mediante puntos de enlace un tanto desmadejados.

4. Línea expositiva.

Nuestro principal foco de atención se proyectará sobre los arduos problemas de interpretación impuestos por la realidad del actual trasfondo de insuficiente sistematización jurídica, mercantil y fiscal, centrándonos en los específicos desajustes provocados sobre esta última esfera disciplinar, en toda una pluralidad de vertientes.

Asimismo se nos brindará la oportunidad de reflexionar acerca de ciertas tendencias evolutivas, latentes en el Derecho Tributario, en coherencia con el

significativo vuelco que ha experimentado el modelo tradicional de empresa que amenaza la quietud de instituciones como la de la personalidad jurídica.

En definitiva el punto cardinal de nuestra exposición consiste, primero, en el estudio de la tarea de la debida interpretación vinculada a la plasmación del principio de neutralidad y, segundo, en el análisis de las barreras que levanta la ausencia de encuadre normativo sistemático, desde el ángulo jurídico privado y fiscal, de las diversas aristas de estos procesos, y como se sortean las mismas, en el ámbito tributario, más o menos airoosamente.

En este capítulo intentaremos, en una primera pincelada, trazar un esquema transversal de la temática, esbozando una aproximación a los perfiles de las operaciones, y delimitando los efectos técnicos, enlazados al diferimiento, que se proyectarán sobre ellas, tratando de hacer hincapié en cómo cristalizan los condicionantes, que motivan las características sui generis expresadas, antes de proceder al análisis exhaustivo del sistema.

II. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA EN LA CONCEPTUACION TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN.

1. La irregular esquematización jurídico sustantiva de las operaciones de reestructuración. Repercusiones sobre la sistemática fiscal.

En primer lugar debemos interrogarnos acerca de qué debemos entender por “operaciones de reestructuración empresarial”, teniendo en consideración, a tal efecto, la moderna implantación de estas figuras y que su evolución jurídica, en absoluto, ha concluido.

En principio, desde una perspectiva estricta, sólo lo serían aquellas que instrumentan una transmisión de un conjunto patrimonial, mediante el mecanismo traslativo de la sucesión universal. A su vez, en nuestro derecho, únicamente si se produce el desplazamiento de los socios de la sociedad transmitente a la adquirente, en la fusión y escisión, se admite pacíficamente la consumación de la referida tipología sucesoria.

Dicho efecto enerva la regla general de atender a la ley de circulación de cada activo y pasivo (en particular la necesidad de consentimiento individualizado de los acreedores para que la modificación del sujeto pasivo de la relación jurídica con alcance liberatorio sea eficaz frente a ellos) y permite una notable flexibilidad en la recomposición de los patrimonios.

No obstante persiste el carácter absolutamente excepcional de esta modalidad de sucesión en nuestra legislación, sólo reconocida para la fusión y escisión en las hipótesis de transmisión inter vivos de conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas, activas y pasivas.

En cualquier caso el régimen fiscal comprende también determinadas aportaciones no dinerarias (de rama de actividad y “especiales”) así como el canje de valores, cauces que reciben una atención dispersa en el ámbito jurídico privado.

En principio la regulación de la fusión, dado que es la única figura que goza de un trazado jurídico completo, puede servir de modelo y referente a la de las otras operaciones.

Por consiguiente, centrándonos en el subgrupo de operaciones que canalizan una sucesión a título singular, la cuestión central a dilucidar, a nuestros efectos, consistirá en resolver si el hecho de que el contravalor de una constitución societaria o aumento de capital se concrete en la aportación de un conjunto de bienes, constitutivo de una unidad económica, puede determinar la aplicación analógica de determinadas reglas de la fusión, en cuanto exista una suficiente identidad de razón.

Las construcciones jurídico privadas son un tanto coyunturales. De hecho la articulación de puntos de enlace entre determinadas operaciones “similares” de transmisión de universalidades patrimoniales ha sido efectuada, vía analógica, por la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN), con esquemas trenzados, ante la falta de otro basamento legal, con apoyo en el Código Civil e instituciones de la teoría general del derecho.

En síntesis en el Derecho español cabe delimitar tres esferas normativas, las cuales comprimen todas las operaciones de reestructuración, sin que los linderos respectivos entre ellas estén herméticamente cerrados. Por una parte las “cualificadas” operaciones de fusión y escisión. Por otra las “asimiladas” a estas¹⁴,

¹⁴ La tercera Directiva del Consejo de 9 de octubre de 1978 concerniente a la regulación de las fusiones de sociedades anónimas, prevé la posibilidad (Art. 30 y 31) de que las legislaciones de los Estados miembros contemplen “operaciones asimiladas a la fusión”, incluyendo cesiones globales sin extinción de la cedente y estableciendo la sumisión de estas operaciones asimiladas a las normas de procedimiento válidas para fusiones y escisiones.

mediante concesión graciosa asentada en nexos puntuales (la cesión global del activo y del pasivo a favor del socio único y ciertas operaciones consumadas por entes diferentes de sociedades mercantiles), según resaltaremos. Finalmente, los restantes cauces de cesión jurídica de unidades empresariales, con la contrapartida de acciones o participaciones, en cuya sede no queda claro en qué medida la especificidad del objeto contractual debe matizar el régimen jurídico aplicable.

Así pues nuestro ordenamiento adolece de la carencia de una esquematización que delimite las modalidades de cesión global y parcial de unidades patrimoniales, con un criterio contemplativo de los intereses tutelados¹⁵.

En el marco del Derecho Tributario apreciamos cómo se dejan sentir apreciablemente los vicios derivados de la irregular esquematización enunciada. En primer lugar a través del vaso comunicante que representa el carácter supletorio del Derecho Común. En segundo lugar, ahora en un plano de inmediatez, cabe poner de relieve que la LIS remite, en distinta medida, al Derecho Común.

Por ejemplo el Art. 104 LIS, pieza del articulado del régimen especial, cimenta la regulación de la subrogación en derechos y obligaciones tributarias en el eje diferenciador de que la operación produzca o no efectos de sucesión universal.

El régimen, primero, agrupa las operaciones a efectos de formular el perímetro sobre el que se volcará su metodología y, con posterioridad, las desagrega a la hora de concretar el diferenciado despliegue *sobre ellas* de los efectos técnicos consiguientes, sin que para ambas tareas cuente con un respaldo sistemático.

Ahora bien el legislador tributario, tal vez consciente de las fallas que presenta

¹⁵ Fernández del Pozo L. (Las operaciones societarias... Op.Cit. P.312.) destaca que “una buena ley de modificaciones estructurales podría ser aquella que permitiera las diversas especies de cesión global con sucesión universal (cesiones totales y parciales, con o sin integración de los socios de la cedente a la cesionaria) sujetándolas a unos mismos requisitos porque, en definitiva, los intereses en juego son sustancialmente los mismos y porque pueden arbitrarse las mismas técnicas de protección para su adecuada tutela”.

el terreno, rompe la relativa cohesión que pudiera existir entre las operaciones tuteladas al introducir en el régimen ,formulado en sus líneas maestras para las hipótesis de transferencias de conjuntos empresariales, a la operación denominada “aportación no dineraria especial”, en cuyo marco sólo se precisa que, una vez realizada la aportación, la persona física o jurídica aportante participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en la menos un 5 por 100.

La línea divisoria arbitrada entre la aportación no dineraria, el canje de valores y la aportación no dineraria especial responde, sin ningún otro basamento objetivo, al interés por asegurar la continuidad empresarial, condicionando el objeto patrimonial objeto de cesión jurídica, el cual en la primera operación se plasma en la noción de rama de actividad, en la segunda en el “paquete accionario” que garantice el control político y en la tercera se difumina en los términos explicitados.

A su vez, en coherencia con las definiciones tributarias tipificadas, cada una de las operaciones citadas puede desdoblarse, para el Derecho Común, en una “aportación no dineraria” o bien en una “permuta”. Por su parte la disolución con cesión global a favor del socio único es admitida como “fusión fiscal”, a pesar de que el negocio jurídico determinante de la transmisión sea el de disolución.

Del mismo modo, por ejemplo, la LIS, primero, se separa del cauce del derecho Privado al conceptualizar la “escisión parcial fiscal”, la cual deberá encauzar la transmisión de “ramas de actividad” y no de “unidades económicas” como demanda la ley mercantil.

A continuación desagrega las modalidades aceptadas de ciertas hipótesis específicas de escisión total y parcial, en atención a motivaciones tributarias, enlazadas al interés protegido o a una funcionalidad antielusiva, sin descansar para

ello en ningún otro criterio técnico ni pretender enlazar con las construcciones jurídico mercantiles.

Esta circunstancia ocasiona una desintegración parcial de la eficacia del Derecho sustantivo, supletorio del fiscal, desarticulando el teórico encaje entre los estratos normativos implicados.

En definitiva el ordenamiento tributario y el mercantil se convierten en compartimentos normativos estancos cuya intercomunicación difícilmente puede ser automática, sino que debe ser objeto de prolongada matización, previo análisis de una pluralidad de coordenadas.

2. La operatividad supletoria del Derecho Privado a efectos de interpretación.

La Directiva 90/434/CEE enumera, a los estrictos efectos tributarios, los rasgos que deben reunir las operaciones protegidas. Esta opción, extrapolada a nuestro ordenamiento, de obviar una simple remisión a los conceptos propios del Derecho Común, originará una sustanciosa problemática.

El legislador ejerce su libertad de calificación, recepcionando categorías mercantiles pero no asumiéndolas de una manera integral sino adaptándolas para su idónea inserción en el ámbito tributario¹⁶. De esta forma la relación que se establece entre el concepto fiscal y el disciplinado por el Derecho Mercantil es de coordinación¹⁷, en el sentido de que prevalecerá la interpretación que corresponda

¹⁶ Arnau Zoroa F. ("Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de valores. (derecho español ley 29/1991-Directiva comunitaria 90/434/CEE", Gaceta Fiscal, Febrero 1992, nº 96) resalta que tal defintoria era necesaria, al menos para concretar dos operaciones insuficientemente reguladas en nuestro Derecho: la aportación de ramas de actividad y el canje de valores.

¹⁷ García Moreno A. (La base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, Editorial Tecnos 1999, Madrid, P .84 a 89) sintetiza que la introducción en el presupuesto de hecho de la norma fiscal de un concepto disciplinado en otro sector del ordenamiento se puede hacer de tres formas:

a) Inspirándose en un principio de desconexión entre ambos sectores, b) Se puede acoger un concepto sin sufrir ningún tipo e ampliación

en esta rama sólo en el caso de que no disponga la norma tributaria, expresa o tácitamente, matización alguna al respecto. La regla general debe consistir, pues, en la permeabilidad de los conceptos jurídico-privados predeterminados¹⁸.

En tal sentido debemos partir de la premisa de que, de acuerdo con el Art. 9.2 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT), en aquello no contemplado específicamente por la LIS habrá que recurrir al Derecho privado supletorio, que, así, debiera cerrar los naturales huecos entreabiertos en los conceptos fiscales. A su vez, de acuerdo con el Art. 23.2 LGT, estas instituciones se entenderán conforme a su sentido jurídico. De este modo las definiciones tributarias de las operaciones conjugan implícitamente requisitos expresos y tácitos.

De hecho, como hemos adelantado, la norma fiscal mutará, en ejercicio de su autonomía normativa, sin perjuicio de la unidad del ordenamiento jurídico, importantes flecos conceptuales de las categorías, enraizadas en el Derecho Privado, para cubrir sus particulares intereses.

La LIS, primero, explicita su planteamiento autónomo al definir cada operación (manifestando que a sus efectos “tendrá la consideración de...”). A continuación esboza los conceptos descomponiéndolos, esto es desgajando sus rasgos estructurales característicos (disolución sin liquidación, transmisión de un conjunto patrimonial etc.).

No obstante es importante poner de relieve que, como principio básico, esta opción no dispensa de la exigencia de que el negocio tipificado encierre una autonomía sistemática, que trascienda la simple y fría acumulación de unos

o restricción c) El legislador utiliza una categoría mercantil, pero la modifica ligeramente para su integración en el derecho Tributario, articulándose pues una relación de coordinación.

¹⁸El “Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades” explicaba como un requerimiento, para culminar el principio de transparencia, la debida armonización con los conceptos jurídicos que, procedentes de otras ramas jurídicas, debiesen ser utilizados por las normas del impuesto, pues ello procuraría un mejor engarce del IS en el ordenamiento jurídico.

requisitos. En esta línea la interpretación deberá desdoblarse en una vertiente estática (analítica de la constatación de los rasgos enunciados) y otra, eminentemente dinámica, que convalide el producto derivado de la adición de rasgos, en conexión con la calificación mercantil correspondiente. En principio los conceptos fiscales deben tener como punto de partida necesario, pero no siempre suficiente, los naturalmente acuñados en el Derecho Mercantil.

La norma fiscal, como hemos anticipado, coloca el énfasis en aquellos puntos que brindan satisfacción a sus singulares preocupaciones. Por ejemplo el concepto de rama de actividad opera a modo de una cuña que rompe la armonía con el Derecho Mercantil en cuyo campo esta categoría es totalmente extraña¹⁹.

Por consiguiente no podemos compartir, al menos no de una manera integral, las aseveraciones de la DGT que invocan constantemente un pretendido principio de uniformidad entre los conceptos tributarios y mercantiles²⁰. En realidad este argumento administrativo de reenvío al Derecho Privado incorpora una funcionalidad interpretativa muy específica, dirigida a fundamentar una conclusión negativa en cuanto a la comprensión en el régimen de ciertas operaciones *sui generis*.

En concreto se persigue que determinadas fórmulas contractuales que encajarían formalmente en la definición fiscal, sean rechazadas, no obstante, por no ajustarse a los patrones conceptuales mercantiles. En concreto, por no corresponderse, *de hecho*, con una operación “mercantil” de fusión, escisión etc., es decir, de acuerdo con el esquema que incardinamos, por no cumplimentarse la

¹⁹ La Resolución de la D.G.R.N. de 10 de junio de 1994 señala que “la noción de rama de actividad es ajena a las normas sustantivas...” .

²⁰ En múltiples consultas la DGT indica que “... el Impuesto sobre Sociedades lo único que regula son las consecuencias fiscales derivadas de un negocio jurídico propio del Derecho Mercantil”. O bien que “... una de las ideas que inspiran la definición de los supuestos de hecho... es la adecuación a los conceptos e instituciones mercantiles... de manera que los conceptos fiscales de estas operaciones fuesen acordes con los del Derecho Mercantil... sin perjuicio de que la LIS imponga, en determinadas operaciones, requisitos adicionales”.

vertiente conceptual “dinámica”, que juega a modo de filtro.

En este sentido la DGT introduce otra delicada matización en este pretendido esquema básico de interpretación, concluyendo que los conceptos tributarios deben desenvolverse en el encaje de la regulación sustantiva de las operaciones transcrito en la LSA, la única normativa mercantil realmente elaborada en esta materia.

Es decir, de hecho, trata de erigirse un referente para la caracterización estructural de las operaciones, que les brinde sentido dinámico y uniformidad técnica, sin que se cuente para ello con otro resguardo distinto de la normativa mercantil contenida en la LSA (y por derivación en la LSRL y RRM).

En realidad la puntualización de la virtualidad de este criterio deberá hacerse progresivamente conforme desarrollemos nuestro análisis, puesto que puede resultar relativizado, con cierta frecuencia, en un terreno plagado de matizaciones acerca de la virtualidad del Derecho sustantivo.

El legislador Tributario ha perfilado los linderos de ciertas operaciones de modo que abarquen indistintamente una dualidad de negocios jurídicos, nítidamente desdoblados en el marco del Derecho Común. De este modo hemos resaltado que la “fusión fiscal” englobará, además de a la “fusión mercantil”, a la disolución con cesión global del activo y pasivo a favor del único socio. Asimismo el molde de la “aportación no dineraria fiscal” puede cumplimentarse mediante una “aportación no dineraria de acciones nuevas” o bien a través de una “permuta” con el contravalor de títulos viejos.

Esta opción introducirá una importante brecha en el juego del Derecho Supletorio, el cual sí basculará, evidentemente, en torno al nomen iuris encasillado y a la entraña del cauce jurídico. Así pues teóricamente, en estos supuestos, la

virtualidad supletoria del Derecho común debiera ser filtrada mediante el previo análisis de su funcionalidad lógica en este marco, extraordinariamente concreto.

Por añadidura las previsiones del régimen genérico de tributación oscilan en torno a la natural estratificación contractual inscrita en el Derecho Común.

La circunstancia reseñada complica la interrelación entre el régimen genérico y específico de tributación de estas plusvalías, desordenando y entrecruzando sus puntos de enlace. En primer lugar pueden desatarse aquellos que ligan a la operación “tributaria” con el concepto naturalmente sedimentado en el Derecho privado, del cual, en principio, debiera ser mera ramificación como pretende el criterio administrativo anteriormente apuntado. A su vez esta asimetría obligará a anudar los referidos nexos, con una interpretación finalista.

En cualquier caso una gran parte del trabajo, que demandará la intelección del sistema, consistirá en limar los problemas interpretativos que suscitarán las operaciones de “fusión”, “aportación no dineraria” y “canje de valores”, las cuales no ostentan simultáneamente semejante calificación en el Derecho Patrimonial.

Cabe reseñar que la irregular articulación de los vasos comunicantes con el Derecho supletorio se extiende al “segundo y tercer compartimiento del sistema”, obligando a una constante conciliación de la normativa mercantil potencialmente aplicable para el complemento de la norma fiscal.

III. CARACTERIZACION BASICA DE LA METODOLOGÍA DE DIFERIMIENTO IMPOSITIVO.

1. Las pretendidas especialidades estructurales de las operaciones de fusión y escisión. La plusvalía de fusión.

Tradicionalmente ha existido controversia acerca de la procedencia jurídica de hacer tributar aquellas diferencias de valor afloradas, en sede de la sociedad transmitente, como consecuencia de la fusión y escisión. De hecho la posición oficial, en la época en que no existía una regulación cerrada de la materia, se inclinaba por entender no realizado el hecho imponible del IS con motivo de las referidas plusvalías.

Durante un intervalo temporal incluso el factor determinante de la afloración de renta fiscal era, no ya la traslación patrimonial sino el simple reconocimiento contable de las plusvalías²¹.

En esta línea se ha planteado que las operaciones de fusión y escisión gozan de una esencia económica neutral, cualidad derivada del substrato patrimonial latente, tras las coordinadas contractuales, y que asimismo debiera subordinar el connatural tratamiento fiscal.

En este sentido el desarrollo estructural de la fusión y escisión se caracteriza, en un plano ideal, por asegurar la neutra conservación de la posición patrimonial preexistente de cada sujeto interviniente, tanto de las sociedades como de los

²¹ La Ley de Reforma de 1964 excluyó a la fusión de gravamen pero “sin perjuicio de que se compute siempre la plusvalía contabilizada”. Dicha redacción indujo a una inseguridad respecto de la natural apreciación de incrementos y disminuciones patrimoniales. La necesidad de exclusión expresa denotaba la falta de claridad de la solución.

El Art.15 del Texto Refundido de la LIS de 1968 destacó que “Se comprenderán entre los ingresos: Los beneficios provenientes del incremento de valor de los efectos y otros elementos del activo, en cuanto se realicen por su enajenación o de otra manera luzcan en cuentas.

Sin perjuicio de que se compute siempre la plusvalía contabilizada, lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en los casos de fusión de sociedades...”.

socios²². La operación no escondería, desde esta óptica, ánimo de lucro sino se encaminaría a la reordenación de los factores de producción, enhebrando un mero cambio en la titularidad de la empresa.

A tal efecto no existirían intereses contrapuestos entre las partes²³. Se trataría más bien de culminar una aspiración común en orden a la integración de los socios de todas las sociedades en una nueva unidad empresarial.

Sobresale, a tal efecto, la peculiaridad del diseño contractual en cuanto la contraprestación accionarial, contrapeso del bloque patrimonial aportado por la sociedad transmitente, no va dirigida a ésta sino a sus socios, sujetos ajenos a la primitiva relación obligacional contraída entre entidad fusionante y fusionada. Incluso, por vía doctrinal, se ha llegado a interpretar que late una estipulación a favor de tercero.

De conformidad con este modelo teórico como la sociedad transmitente no percibe una contraprestación²⁴ en contrapartida del patrimonio aportado no podría, correlativamente, relucir en su sede beneficio económico ni contable susceptible de tributación.

Simplemente se encauzaría una aséptica integración de entidades jurídicas, de la que no dimanaría un beneficio económico que la norma tributaria pudiera asumir como presupuesto gravable. A su vez si no existe “renta económica” no

²² Sánchez Oliván J. (La fusión de sociedades. Estudio Económico, jurídico y fiscal, editorial de Derecho Financiero, editoriales de derecho reunidas, 4ª edición, Madrid, 1993, Pág.259), destaca que "la neutralidad fiscal ha sido defendida en relación con la fusión (y escisión), creo que sin tener en cuenta que se trata de una operación de por sí económicamente neutral y de la que, por tanto, no debería deducirse hechos imposables a causa de la estimación de plusvalías"(Exceptúa el supuesto en que las sociedades se hallen relacionadas entre sí, a través de participaciones en el capital).

²³ La resolución del TEAC de 9/12/1955 no apreció plusvalías fiscales ni para las sociedades, ni para los socios. Esta resolución sintetiza muy bien la posición comentada al resaltar que la fusión “no en sí un fin, sino un medio en procura de fines comunes, para lograr los cuales los aportantes pierden la propiedad y el dominio de sus aportaciones, adquiriendo simultáneamente un derecho al patrimonio en que éstas se han integrado, representado por sus títulos de socios, que es lo único que reciben”.

²⁴ En este sentido la resolución del TEAC de 9 de diciembre de 1955 expresa que la fusión por absorción “... es un acto jurídico complejo, ya que en él no hay intereses distintos y opuestos de las partes, ni posición enfrentada de éstas, ni contraprestación ni trueque de valores”.

podría cumplimentarse el hecho imponible del IS.

De este modo no cabría apreciar un acto de disposición que supusiese la realización de los incrementos de valor larvados en los elementos patrimoniales. En síntesis la fusión, haciendo abstracción de la ficción de la transmisión instrumentada, se asimilaría a una transformación societaria. De hecho es frecuente, en el Derecho comparado, que se aproximen, a distintos efectos, estas figuras²⁵.

Con mayor motivo cabría aducir esta argumentación respecto de las posibles plusvalías que exteriorizarían los socios de la entidad fusionada o escindida ²⁶.

Por una parte, en coherencia con este substrato ideal, la referida corriente financiera (la atribución de títulos de la sociedad adquirente a los socios de la transmitente) se erige en pieza precisa para plasmar la reconducción de éstos al nuevo círculo societario. Por otra los títulos detentados por dichos socios no son objeto de intercambio. Son anulados aquellos de los que eran titulares en la sociedad transmitente, recibiendo, sin que cupiera apreciar desde este punto de vista contraprestación, los que otorgan la cualidad de socio en la adquirente.

Tras la operación, ya en sede de la sociedad fusionante, todos los socios detentarían partes alícuotas con idéntico valor económico de una porción mayor de neto patrimonial, bajo la idea de la continuidad en los derechos económicos

²⁵ La sentencia del TS de 14 de noviembre de 1990 denota esta concepción. Según la misma: "...resultan sucesos distintos las alteraciones meramente cuantitativas, en más o menos, del capital y las cualitativas, transformación o fusión...".

La doctrina alemana subsume dentro de los supuestos de sucesión universal entre personas jurídicas, las transformaciones y fusiones. Respecto a las transformaciones se diferencia entre aquellas que instrumentan un simple cambio de forma sin traspaso patrimonial (y sin consiguiente relevancia fiscal) y aquellas en las cuales un nuevo sujeto de derecho entra en la posición de otro y le traspasa todo el patrimonio a través de una sucesión a título universal.

²⁶ De acuerdo con la resolución de la Dirección General de Tributos de 26 de marzo de 1976: "La ecuación de canje establece una correlación entre alícuotas patrimoniales. Y en virtud de esta correlación, los accionistas de la sociedad absorbida reciben el mismo número de títulos de la absorbente que les corresponde. Pero nada más. La fusión en sí misma ni los empobrece ni los enriquece. Resulta claro pues que los accionistas de las sociedades absorbidas no perciben en absoluto ningún beneficio, o si se quiere, ninguna renta".

ostentados.

Precisamente determinadas magnitudes como el tipo de canje o la prima de fusión, intentan asegurar la no alteración en las posiciones patrimoniales preestablecidas de los socios, el valor económico de su derecho sobre las reservas remansadas en balance.

Ahora bien, trascendiendo las anteriores reflexiones puramente teóricas, debemos atender a parámetros estrictamente jurídicos. Lo cierto es que se consuman perfectas transmisiones del dominio²⁷. Las especificidades inherentes al fenómeno de la sucesión a título universal no se oponen, en absoluto, a dicha constatación.

En un segundo plano existe la posibilidad de exceptuar el gravamen de acuerdo con las coordenadas del diferimiento. Ahora bien esta posibilidad se materializa por la vía de la concesión explícita del legislador en atención a intereses extrafiscales.

2. Análisis técnico- jurídico de la metodología del diferimiento.

La metodología de diferimiento se sustenta en el soporte de una ficción que brinda sentido dinámico al mecanismo y descansa, a su vez, en varias piezas básicas

²⁷ En esta línea en las alegaciones formuladas ante el TEAC (resolución de 17 de noviembre de 2000) se hacía constar (en relación con la Ley 61/1978 del IS) que “en los supuestos de fusión no existe alteración patrimonial por cuanto que, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la fusión implica una transmisión en bloque de su patrimonio produciéndose la extinción de la sociedad absorbida, por lo que no existe alteración patrimonial, o de existir, sería negativa por cuanto la sociedad absorbida entrega todo su patrimonio a cambio de nada.”

No obstante el TEAC concluyó (fundamento de derecho 2º) que “dado que en la operación de fusión se produce una alteración patrimonial al transmitirse en bloque el patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente siendo susceptibles de gravamen las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con ocasión de la misma”.

interdependientes cuyo juego sedimentará el complejo armazón del sistema.

Se trata, ciñéndonos al IS, de la no integración de renta fiscal en sede del sujeto transmitente (objetivo último que cristaliza el más abstracto postulado de la no imposición), y del broche técnico que proporciona coherencia interna a la sistemática, la regla de la continuidad.

El Art. 4 de la Directiva 90/434/CEE deja entrever dichas piezas maestras que conforman el diseño del sistema. El Art.4.1 enuncia que “La fusión o escisión no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal”. El Art.4.2 subordina la operatividad de lo anterior al despliegue de la herramienta continuista.

En caso de operaciones transnacionales, la enunciada regla continuista salvaguarda los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada, pues garantiza el ulterior gravamen de las plusvalías por parte del Estado de dicha sociedad, en el momento en que se realicen, el cual, en ejercicio de su soberanía, gravará las sucesivas rentas devengadas por el establecimiento²⁸ en el momento en que las mismas se realicen.

Por lo demás la funcionalidad intrínseca de la continuidad conecta, exclusivamente, con la metodología de determinación de plusvalías y minusvalías en la imposición sobre la renta (IS e IRPF). La regla mutará para plegarse al substrato de cada operación

La filosofía inspiradora se materializa en dos polos, como son la yuxtaposición de las posiciones subjetivas de los sujetos contratantes, adscrita al conjunto

²⁸ El resultado habitual de las operaciones entre sociedades domiciliadas en distintos Estados miembros será bien la transformación de la sociedad transmitente en Establecimiento Permanente de la beneficiaria, bien la incorporación de los activos a un EP de esta última.

patrimonial transferido, y la consiguiente inalteración del estatuto tributario ceñido a los elementos objeto de cesión jurídica. De esta manera se esboza un esquema que persigue trasladar la carga tributaria potencial a la sociedad adquirente.

Los anteriores postulados, recíprocamente entrelazados, se cumplimentan básicamente mediante el traspaso de las expectativas de gravamen y la consecución del equilibrio de imposición.

De acuerdo con el Art.98.1 LIS”: No se integrarán en la base imponible las siguientes rentas derivadas de las operaciones...”.

La conjunción de los resortes del sistema exceptúa de integración en base imponible de la entidad transmitente unas rentas que, sin esa previsión, se derramarían pacíficamente en ella, conforme a la definición sintética del hecho imponible vertida en el Art. 4.1 LIS, adicionándose a las restantes rentas fiscales (de carácter ordinario o extraordinario) devengadas por la entidad, sujeto pasivo del IS, en el período impositivo.

En realidad las manifestaciones de capacidad económica exteriorizadas son dispensadas, desde cualquier punto de vista, de gravamen. Si centramos nuestra atención en el acto de disposición, sin perjuicio de que el IS sea un impuesto de carácter personal, el mismo resulta exonerado de tributación. No existe en sentido estricto aplazamiento o diferimiento alguno, sino simplemente se deja que la plusvalía prosiga sin más su itinerario de generación, omitiendo el presupuesto de su realización.

Se realiza el hecho imponible del IS (la obtención de renta) y, no obstante,

resulta excluida la consiguiente obligación tributaria, sin que la mecánica se ajuste con propiedad a la de la exención. De hecho no es susceptible de fluido encaje en ninguna categoría jurídica-tributaria preexistente, ya que arroja rasgos sumamente específicos como la manera en que atenaza a las entidades transmitente y adquirente, liberando definitivamente de tributación unas operaciones, pero, a la vez, incardinando un mecanismo de contrapesos que compensa tal medida graciosa condicionando la ulterior imposición sobre la renta de la entidad adquirente.

El planteamiento, desde un punto de vista metodológico, aferra el ajuste del equilibrio de imposición a los elementos patrimoniales y no a los sujetos, "compensando" en cierta medida las cargas fiscales presentes de una entidad con las futuras de la otra. Se trata de que la *renta global* que finalmente tribute se ajuste a la en su momento *diferida*, aun cuando sea gravada en la estructura liquidatoria de un sujeto pasivo extraño a la primitiva relación contractual "tutelada".

La artificial compartimentación del beneficio societario gravable en diferentes períodos impositivos, podría conducir, en una aproximación superficial, a pensar que, trascendiendo el principio de estanqueidad de los ejercicios, la renta global que finalmente tributará se ajustará a la diferida, con una visión que comunica los resultados de diferentes períodos y obvia las esferas subjetivas, ya que en uno u otro momento será integrada en base imponible.

No obstante esta perspectiva no se compadece con la realidad subyacente. El transcurso del tiempo, como variable clásica, engarzada con el principio del precio de adquisición, no es necesariamente el determinante causal de la franja del incremento de valor en determinados activos patrimoniales, que fluctúan en torno a otros factores más intangibles, rasgo acentuado en el moderno tráfico mercantil.

Evidentemente en ningún caso puede identificarse una hipótesis de

transmisión de la deuda tributaria, la cual (en interrelación con estos índices gravables) no llega a cristalizar, sin perjuicio de que el Art.36 LGT impediría, por añadidura, semejante poder de disposición. Simplemente se traspasan unas expectativas inciertas de imposición futura.

Tampoco puede reconducirse la técnica a la órbita de la no sujeción que delimita negativamente los contornos del hecho imponible, dado que se realiza perfectamente su contorno.

Según Navarro Egea²⁹ el tratamiento dispensado a las plusvalías se corresponde con la técnica de la exención tributaria al constatarse las notas de la realización del hecho imponible y la consiguiente exclusión de la obligación tributaria, con la particularidad de que la configuración del presupuesto fáctico exento se lleva a cabo en el marco de la determinación de la base imponible.

Asimismo Sánchez Oliván³⁰ estima que “se trata de una exención, que se establece precisamente en relación con la sociedad transmitente, y en relación con ella no cabe hablar de diferimiento porque nunca va a soportar los futuros gravámenes”.

En cualquier caso el diferimiento de la imposición en sede del sujeto transmitente bascula en torno a la simultánea inserción de un broche compensatorio el cual, *apegado* a los elementos, se desplegará en la sociedad adquirente, acrecentando sus expectativas de imposición futura.

Ahora bien la virtualidad compensatoria efectiva de la mecánica es ruda e imperfecta, descansando en la previsión de un hipotético itinerario lógico- técnico,

²⁹ La autora (Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, P.167) resalta que las corrientes doctrinales modernas conciben la exención en un sentido amplio, como “situación objetiva, configuradora de la norma tributaria que permite excluir de su ámbito determinados supuestos, o restringir en otros la cuantía del gravamen”.

³⁰La fusión de sociedades... op.cit. P.313.

que no tiene por qué producirse.

Teóricamente el equilibrio impositivo se restablecerá cuando la secuencia de acontecimientos desemboque en que la sociedad posicionada como adquirente, en la operación tutelada, a su vez transmita los elementos. Entretanto el contrapeso del privilegio para la sociedad transmitente será la restricción, para la adquirente, del importe del gasto fiscal conectado con las correcciones de valor (amortizaciones y provisiones) dimanantes de los elementos traspasados, en contraste con el régimen genérico de tributación. Las referidas correcciones deberán calcularse sobre el valor fiscal inalterado, con independencia del gasto contable registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias. Desde esta óptica, si no se produce transmisión de los elementos, el equilibrio teórico se restablecerá a lo largo del proceso de amortización de los bienes.

En la práctica resulta imposible cumplimentar los postulados de una neutral superposición puesto que el acabado de la sistemática gravita en torno a la producción de presupuestos no enlazados al desarrollo de la operación susceptible de protección.

De esta manera las expectativas de imposición en la transmitente pueden no ser tales en la adquirente. Las singulares circunstancias de ésta (como la titularidad de créditos fiscales) pueden bloquear, en su estructura liquidatoria, la futura incidencia en cuota de las rentas *diferidas*, aunque teóricamente contribuyan a ajustar la graduación de la capacidad económica globalmente gravable.

En cualquier caso la consumación de la operación respectiva inevitablemente impactará sobre los parámetros fiscales prefijados y las expectativas futuras de tributación, en una u otra vertiente.

La sistemática no debe ser considerada como un *beneficio fiscal*, el cual sería

de carácter unívoco, sino como un elaborado estatuto jurídico opcional y alternativo (el cual, en su caso, puede redundar en un grado de privilegio), que despliega su propia lógica, en absoluto unidireccional.

Por ejemplo que la compañía adquirente amortice y provisione sobre valores petrificados supone obligarla a computar gastos fiscales por depreciación generalmente inferiores a los contables. En principio teóricamente se lesionaría, desde este prisma restringido al sujeto adquirente, la capacidad económica subyacente (así como el principio de correlación entre ingresos y gastos) objeto de medición en los ulteriores períodos impositivos, distorsionándose la idónea medición de la capacidad económica adscrita al sujeto de derecho, que derivaría de enfrentar los ingresos y gastos fiscales (y entre ellos los derivados de la depreciación de activos) en coherencia con la realidad económica, sacrificándola a una concepción global de los índices gravables, más allá de la esfera de uno u otro sujeto pasivo.

En esta línea, por ejemplo, el Art. 23.3 LGT, que proscribe la analogía para interpretar más allá de sus estrictos términos el ámbito de las exenciones o bonificaciones, carecería de relevancia interpretativa en este marco (IS, IRPF e IIVTNU ³¹), si bien teóricamente podría cobrarla en el marco de los impuestos indirectos que gravan las operaciones (al menos en el ITPAJD puesto que en el IVA se instaura el mecanismo de la “no sujeción”).

Las operaciones objeto de nuestra atención, en definitiva modalidades cualificadas de permuta, se caracterizan por la existencia de un doble flujo

³¹ Cabe subrayar a este respecto que la sentencia del TSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2001 entendió (en relación el no devengo del IIVTNU y la Disposición Adicional Tercera de la Ley Foral 24/96), que “...la Sala estima que no nos encontramos ante un supuesto de beneficio fiscal que se concede a una o unas determinadas entidades, sino más bien ante un supuesto de no sujeción al devengo del impuesto. Las palabras empleadas... son lo suficientemente expresivas y clarificadoras. No se devengará el impuesto”.

patrimonial, una transmisión de un patrimonio de la entidad transmitente a la adquirente y, en sentido inverso, una atribución de títulos de la adquirente, bien a los socios de la transmitente bien a ésta.

Esta caracterización estructural agudiza la complejidad del tratamiento de la operación destinado a inhibir su tributación, dado que no sólo relucirá renta fiscal en la transmisión del patrimonio a la adquirente, sino también en la otra cesión enunciada.

En las operaciones complejas la unidad del negocio trasciende la pluralidad de convenciones, cuya vertebración desemboca en la estructura negocial plurifásica (constitución de sociedad, transmisión del patrimonio, de las acciones, aumento de capital, reducción de capital en la escisión parcial, disolución etc.).

En principio el manto envolvente de la operación central les priva de su sustantividad jurídica y, por ende, tributaria. A tal efecto la riqueza imponible será exclusivamente aquella dimanante de la operación compleja en sí misma considerada, si bien podrían apreciarse distintas manifestaciones gravables derivadas de ella (en función del objeto imponible cabría atender a las rentas afloradas, la mera formalización de la operación etc.).

De otro lado evidentemente la aplicabilidad del régimen se dilucidará en torno a aquellos cauces jurídicamente autónomos, con independencia de que, desde el ángulo económico, una operación “unitaria” pueda precisar la *superposición* de varios negocios jurídicos diferenciados³².

³² Según la DGT (por ejemplo consulta de 24 de octubre de 2000, 1876-00) “la definición fiscal parte de la existencia de una operación única (escisión a efectos mercantiles) y no de la concatenación de una serie de operaciones con sustantividad jurídica propia”. Asimismo podemos citar la resolución del TEAC de 10 de mayo de 2000, en la cual, frente a la pretensión de la reclamante de que la naturaleza económica de las operaciones realizadas era la de una única operación de reestructuración, con motivo de la “fusión” o “integración económica”, el TEAC manifestó que “... no cabe evaluar las operaciones realizadas de forma conjunta a los efectos de esta ley, ni aplicar al conjunto de las mismas la invocada neutralidad impositiva. A efectos fiscales hay que considerar las distintas operaciones aisladamente”.

Por lo demás la consumación de cada operación jurídica generaría, en su caso, el devengo de sus respectivos conceptos impositivos, sin que pudiera apreciarse doble imposición alguna por el hecho de que las distintas operaciones jurídicas confluyan en una misma finalidad económica³³.

2.1 El régimen especial fuera de la esfera de la imposición sobre la renta.

En principio la perfección del negocio jurídico respectivo podría redundar en el devengo de unos gravámenes adicionales, cuyo objeto imponible no es la renta, los cuales se generarían en atención al presupuesto de la transmisión del dominio de terrenos (IIVTNU), al desplazamiento patrimonial incardinado en la órbita empresarial (IVA) o a la formalización de la operación (ITPAJD concepto OS).

En el marco de estos impuestos la inhibición de la carga tributaria se consigue a través de técnicas divergentes. En el ámbito del IVA el legislador recurre a la no sujeción. En la esfera del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos (concepto Operaciones Societarias) a la exención.

El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), grava la misma manifestación de riqueza que el IS, con un ámbito objetivo mucho más restringido (enajenaciones de terrenos de naturaleza urbana), si bien no contempla la plusvalía como fuente de renta. El legislador selecciona la técnica del “no devengo”.

En cualquier caso se premia no ya la efectiva acogida al diferimiento sino la mera perfección de negocios jurídicos comprimibles en la sistemática pues, excepto

³³ Por ejemplo así lo resaltó la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2003, para un caso en que se produjo una aportación de activos y pasivos y, con posterioridad, una venta de acciones.

en la imposición sobre la renta, los *beneficios* expuestos se desvinculan de la efectiva opción por el régimen.

En realidad, como anticipamos, la sistemática se erige en un tejido alternativo de tributación, con su balanza de contrapesos interdependientes, en el marco de la imposición sobre la renta (y de forma más tosca en el IIVTNU) y en un manifiesto y simple beneficio fiscal en la esfera de la imposición indirecta.

En esta segunda órbita ni existe contrapartida alguna al privilegio esbozado ni puede hablarse con propiedad de régimen especial alguno (al menos de diferimiento), pues la no generación de cuota, a través del juego de las técnicas citadas, será una característica permanente y no opcional del particular estatuto jurídico tributario que se proyecta sobre estas operaciones.

CAPITULO II.

I. EVOLUCION DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA SOBRE LA REESTRUCTURACION EMPRESARIAL.

En nuestro país, una vez que se abandona gradualmente el arraigado aislacionismo que tradicionalmente ha caracterizado a la economía española, sustentada en patrones socioeconómicos anquilosados, particularmente tras la integración en la CEE, va surgiendo la conciencia de la necesidad de otorgar determinados instrumentos jurídicos a las empresas para racionalizar sus estructuras productivas y facilitar su competitividad en el entorno internacional.

El reconocimiento por la política fiscal de la conveniencia de determinados procesos de concentración empresarial, y la necesidad de otorgarles unas dosis de privilegio, se inició con la Ley de 26 de Diciembre de 1957 de Reforma Tributaria, la cual concedió diversas exenciones en los Impuestos de Timbre, Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, abarcando el gravamen del tráfico jurídico inherente a los actos y contratos necesarios para la constitución de sociedades, fusiones etc.

Esta etapa de concesión fragmentada de beneficios mediante preceptos puntuales culmina en una primera tentativa relativa de sistematización plasmada en el Decreto 2910/1971. Esta norma incorporaba defectos, crónicos en la materia, como la discrecionalidad concedida a la Administración en el otorgamiento del trato de favor.

Una de las trabas fundamentales que obstaculizaba una sistematización jurídico-tributaria coherente consistía en la correlativa inadecuación de nuestro Derecho Privado al moderno Derecho comparado, lo que se ponía de manifiesto, por ejemplo, en el confusionismo en torno a la sustantividad de determinados actos. La proyección del Derecho Tributario chocaba con el escollo de la ausencia de un

cuadro cohesionado de negocios jurídicos sobre cuyo esfera pudiera derramar sus efectos.

El Art. 2 enumeraba como *hipótesis* de concentración la constitución de sociedades mediante integración de empresas individuales o sociales, la fusión de sociedades, la segregación de establecimientos de sociedades o empresas, aunque no procediesen a su disolución, y la disolución de sociedades con la aportación de su patrimonio a otra u otras entidades.

Como muestra de la polémica en torno a la unicidad de los envoltorios jurídicos merecedores de protección y sobre el ámbito de la proyección del beneficio fiscal, cabe destacar que el Art. 3 exigía que los actos y negocios a los que pudieran alcanzar los beneficios fiscales fueran “necesarios” para la realización de las *operaciones*.

Precisamente las dudas existentes en torno a la unicidad negocial de determinadas operaciones provocaban que fueran muy gravosas, ante la multiplicidad de presupuestos gravables que cabía apreciar. La solución normativa consistía en desagregar, con vocación exhaustiva, el elenco de actos (preparatorios, derivados o contenidos en el molde negocial central) susceptibles de bonificación.

Los requisitos genéricos demandados consistían en que la concentración no desembocase en un monopolio y resultase beneficiosa para la economía nacional. Se revela el proteccionismo que inspiraba estas medidas, insertadas en una economía todavía replegada sobre sí misma.

Por añadidura el carácter finalista de la normativa desbarataba cualquier intento de regulación coherente pues las fórmulas contractuales protegidas lo eran simplemente en atención a los objetivos que podían cubrir, sin concesión a su

sustancia técnico-jurídica.

La Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades ordenó, en su Disposición Transitoria 4ª, al Gobierno que, antes de 31 de Diciembre de 1979, remitiera a las Cortes un proyecto de Ley sobre Régimen fiscal de las Fusiones de Empresas. La Ley 76/1980 constituyó el producto de esta fase de la evolución normativa.

1.1. La Ley 76/1980 sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas.

Esta ley adolecía de dos problemas medulares que viciaban su estructura normativa. El primero estribaba en el mecanismo de concesión de los beneficios, de carácter selectivo e inevitablemente discrecional.

En segundo lugar el articulado se entrometía en el desarrollo jurídico-privado, supeditando los beneficios a que éste cristalizase de una u otra forma, latiendo además en cada ramificación o puntualización prevista un heterogéneo objetivo, en ocasiones preventivo, en otros supuestos puramente técnico.

La Ley, sustentada sobre cimientos arcaicos, incorporaba una muy pobre calidad técnica, contra corriente de las modernas tendencias científicas en la materia y opuesta al principio de neutralidad. En cualquier caso, en descargo del legislador, resaltaremos que la misma se enmarcaba en un contexto fiscal y mercantil que, en muchos aspectos, le impedían articular otro planteamiento.

1.2 Planteamiento y metodología.

De acuerdo con el Art.20 del RD 2182/1981” la comisión informadora sobre fusión de empresas acordará, por mayoría de votos, proponer al ministro de Hacienda la concesión o denegación de los beneficios solicitados, “especificando el porcentaje de las bonificaciones que se reconozcan” y los actos, documentos y conceptos tributarios a los que habrán de aplicarse”. El Ministro resolvía mediante Orden el expediente, concediendo parcial o totalmente los beneficios solicitados o bien denegándolos, a la vista del dictamen y propuesta de la Comisión.

La técnica de la bonificación resultaba plasmada mediante normas jurídicas incompletas (simplemente se disponía que podría ser hasta del 99%). La jurisprudencia³⁴ ha entendido que tal delegación de la tarea de completar la norma, recaída en la Administración, no infringía el principio de reserva de ley para el tipo de gravamen, como elemento esencial del tributo, dado que La ley puede contener remisiones a normas infraordenadas siempre que éstas no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva constitucional a favor del legislador.

No obstante cabía entender que, más allá de una expectativa inconcreta de libre graduación administrativa, había un derecho subjetivo prefijado del solicitante a la obtención de los beneficios hasta su techo máximo del 99%. De esta forma la denegación de la bonificación o bien la concesión de un porcentaje inferior al máximo demandaba el fundamento de tal limitación³⁵.

El planteamiento presuponía idealmente, en coherencia con el principio de igualdad en el reparto de la carga tributaria, que situaciones idénticas debían

³⁴ Así lo entendió la Sentencia del TS de 17 de enero de 1997.

³⁵ Cabe citar la sentencia del TS de 11 de marzo de 1999.

resultar acreedoras a la concesión de un mismo porcentaje de bonificación. En otro caso teóricamente la Administración podría incurrir en una desviación de poder, en contraste con los objetivos preasignados por la norma. En la práctica este postulado teórico transmutaba en la realidad de una discrecionalidad administrativa (en ocasiones con marcadas connotaciones políticas).

La concesión de los beneficios cristalizaba mediante Orden Ministerial, la cual estaba revestida de una naturaleza compleja. A pesar de referirse a sujetos concretos no constituía un mero acto administrativo individualizado.

Por una parte constituía una disposición normativa de carácter general³⁶, complementaria de la Ley 76/1980 y de su reglamento, que completaba la regulación de las bonificaciones señalando el tanto por cien aplicable. Una prueba de su cualidad de abstracción objetiva era la referencia de diversas Ordenes a las “transmisiones” que se realizasen como “parte y derivación” de la fusión ³⁷ . De otro lado representaba un acto singular de concesión de las bonificaciones.

La efectividad de los beneficios estaba subordinada a que la operación se llevase a cabo en las condiciones recogidas en la Orden.

1.2.1 La interferencia con los esquemas jurídico privados.

El Art. 1.2 de la Ley 76/1980 delimitaba el perímetro de aplicación de la normativa, refiriéndose a concretas operaciones tipificadas las cuales adicionalmente, sin implicar restricciones a la libre competencia, debían redundar

³⁶ Como subraya la sentencia del TS de 27 de marzo de 2002 “... tal Orden... realmente, es una disposición general normativa, aplicable, con las específicas modulaciones en ellas concretadas, a un número indeterminado de situaciones, negocios jurídicos y presupuestos de hecho de actos liquidatorios tributarios”.

³⁷ Así lo interpreta la sentencia del TS de 14 de julio de 2000.

en una mejora de la estructura productiva u organizativa de las empresas en beneficio de la economía nacional. Los beneficios se proyectaban sobre los conceptos impositivos que podían devengarse con motivo de la perfección de las operaciones (IS, IRPF, ITPAJD, IIVTNU).

Este artículo completaba tácitamente las definiciones de las operaciones impregnándolas de un carácter finalista. Las referidas exigencias, de elástica interpretación, fomentaban la discrecionalidad administrativa.

Cabe subrayar, no obstante, que la necesidad de que la operación incida positivamente en la estructura empresarial de las entidades partícipes se halla implícita, solapadamente, en la cláusula antifraude de la actual LIS.

Por lo demás la norma adolecía del clásico problema de imprecisión técnica, lo que se desprendía de la propia rúbrica de la Ley que aludía a empresas³⁸ y no a sociedades o entidades, que son los entes en torno a los que debe girar la construcción jurídica³⁹.

En este sentido resultaba apreciable una falta de rigurosidad en el perfil de las instituciones jurídicas. El planteamiento de la ley trataba de amparar negocios jurídicos unitarios, pero, en ocasiones, los beneficios resultaban extensivos a los actos y contratos autónomos que canalizasen un “proceso económico” de reestructuración, así como a las “transmisiones” (sin mayor concreción) que derivasen de dicho proceso.

En síntesis los procesos protegidos incorporaban exigencias tributarias específicas. La normativa, como consecuencia, generaba constantes ligaduras a la libre formación de la voluntad contractual.

³⁸ De hecho la legislación al respecto se venía refiriendo confusamente a la “integración de empresas”, sin delimitar suficientemente los cauces jurídicos que permitían instrumentar dicho producto.

³⁹ Por lo demás dicha terminología no era autosuficiente para precisar la realización de una actividad empresarial efectiva (vedando, por ejemplo, la entrada al régimen a las sociedades patrimoniales). Esta funcionalidad quedaba relegada a diversos preceptos dispersos.

Así, por ejemplo, se exigía que la sociedad resultante de la fusión revistiese forma de sociedad anónima. Asimismo La Ley solicitaba el ejercicio ininterrumpido de actividades empresariales durante, al menos, los tres años anteriores a la fecha del acuerdo.

De otro lado se revelaba la todavía embrionaria estratificación técnica de las categorías. El concepto de escisión requería que la sociedad beneficiaria ejerciese una actividad análoga o complementaria a la ejercida por la escindida.

La Ley comprendía las aportaciones de activos (“escisiones impropias”) en el concepto de escisión, mezclando cauces negociales después objeto de paulatina diferenciación, entendiéndose que las acciones recibidas por la entidad beneficiaria podían conservarse en el activo o bien entregarse a los socios y partícipes.

Asimismo, paradójicamente, se encuadraban como fusiones las transmisiones de patrimonios empresariales de la titularidad de personas físicas, refiriéndose a la “integración de empresas individuales y sociales”. Desde un prisma jurídico no cabe, desde luego, en nuestro ordenamiento⁴⁰, la integración, a través del canal strictu de la fusión, de las empresas individuales.

1.2.1.1 Problemática conectada con el desarrollo dilatado de las operaciones.

La estructuración plurifásica y dilatada de las operaciones de fusión y escisión ocasionaba diferentes dificultades de acoplamiento a los esquemas tributarios, en

⁴⁰ La ley alemana de 28 de octubre de 1994, entre los entes con capacidad para fusionarse, engloba a las “Personas físicas, socios únicos de una sociedad de capital que adquieren el patrimonio de ésta”.

particular en interrelación con el IS, los cuales se solventaban de conformidad con la criticada filosofía normativa.

En primer lugar existía una preocupación manifiesta del legislador por la idónea articulación del tipo de canje de las acciones, presupuesto que aseguraba teóricamente la correcta valoración patrimonial de las entidades partícipes, las cuales, en la hipótesis de fusión, iban a integrar sus patrimonios.

En concreto el principio del equilibrio patrimonial, enmarcado en la falta de autonomía que presidía las interrelaciones entre Derecho Contable y Fiscal ,debía teóricamente inhibir la posibilidad de desplazamientos patrimoniales superpuestos al que naturalmente provocaba la transmisión, asegurando la continuidad de las posiciones patrimoniales de los sujetos partícipes (entidades y socios).

Este principio, transcrito en el Art. 4.1, vinculaba a las empresas a “valorar adecuadamente en el balance formalizado el día anterior a la adopción de los correspondientes acuerdos, la totalidad de los elementos patrimoniales, figurando, en su caso, el fondo de comercio de forma tal que el valor de las acciones recibidas por los socios de las sociedades que se disuelvan sea coincidente con el correspondiente patrimonio aportado”.

De esta forma se consagraba el deber de reflejar contablemente las plusvalías tácitas, implícitas en los patrimonios respectivos, en el balance de fusión. A su vez, aparentemente, el patrón de proporcionalidad que se deducía de este balance era vinculante para la cristalización del tipo de canje⁴¹ .

⁴¹ Sin embargo esta no era una no era conclusión indiscutible. González A. L. (“Comentarios acerca del régimen fiscal de las fusiones de empresas “, Impuestos, 1985, Tomo II, P.634) concluía que “... existe la posibilidad de realizar la fusión de sociedades sin necesidad de contabilizar alguna plusvalía, con independencia de que el canje de acciones responda a otros valores que los contables, que no dejan de ser tan artificiales como cualquier otro”.

Por otra parte González Poveda V. (“El IS y las fusiones de empresas”, Impuestos, 1985, Tomo II, P.432), resaltó que lo verdaderamente importante para los accionistas “... es la relación de canje estipulada y no la imputación posterior de unos gastos amortizables, imputación que no puede romper el equilibrio patrimonial”.

La valoración debía ser homogénea y veraz, sin que pudieran excederse los valores de mercado. De este modo la entidad adquirente y la transmitente debían consignar las plusvalías que encerraban sus patrimonios sociales, en parte atribuibles a la infravaloración de activos y en parte al fondo de comercio que salía a relucir con ocasión de la transmisión.

El fondo de comercio debía estar avalado en función de la solidez de la empresa y no basarse en expectativas inconsistentes de beneficios futuros.

La inserción de una criba rigurosa que estratificase la porción de plusvalías atribuible a una infravaloración contable de activos y la imputable al fondo de comercio era crucial, pues este segundo escalón no era amortizable, sino sólo deducible excepcionalmente en la medida de su envilecimiento o deterioro.

El problema nuclear estribaba en que los valores actualizados adquirían plena eficacia fiscal. En realidad se estaba premiando, desde la órbita tributaria la consumación de estas operaciones. De hecho a menudo éstas se perfeccionaban precisamente para sanear el balance⁴² y proceder a una revalorización encubierta de activos ⁴³ (con especial énfasis dentro de grupos). Esta evidencia constituía un profundo contrasentido.

Ahora bien el Art. 4 de la Ley indicaba que las nuevas valoraciones podrían ser objeto de comprobación por la Administración. A tal efecto cabía que ésta

⁴² En cualquier caso cabía revalorizar fiscalmente los activos contabilizados (no lógicamente los ocultos). Las posibles disminuciones patrimoniales no se consideraban a efectos fiscales en el momento de la fusión, aunque sí se tenían en cuenta en el caso de futura enajenación. Se preveían determinados plazos temporales durante los que no cabía enajenar los elementos. En caso contrario se perdía el beneficio fiscal excepto en el supuesto de reinversión.

⁴³ Como pone de manifiesto Carbajo Vasco D. ("Beneficios fiscales para las fusiones y reorganizaciones empresariales", Revista Praxis Fiscal, 1993, P.2/225): "muchas de las operaciones de fusión realizadas en España, esencialmente en el período 1988/1990, se produjeron no en razón de su racionalidad económica... sino a la búsqueda del ahorro fiscal subsiguiente, o, lo que es peor, para utilizar las plusvalías afloradas como fórmulas para cubrir deficientes coberturas de riesgos en la empresa, activos depreciados o insolvencias de clientes".

sopesase la veracidad de la balanza del equilibrio patrimonial verificando las partidas transcritas en el balance y, en particular, el fondo de comercio. De esta forma la posibilidad de revalorización fiscal de activos se trataba de compensar mediante una previsión asimétrica e incoherente.

Por añadidura la Administración Tributaria se desentendía de la bondad de las peritaciones practicadas por los expertos independientes sobre el patrimonio aportado.

La Ley 5/1990, de 29 de junio, modificó el Art.4.1 de la Ley 76/1980. Las sociedades partícipes debían formalizar balances actualizados, en su caso, para recoger los valores reales de sus patrimonios que habrían de servir de base para determinar la relación de canje de los títulos ⁴⁴.

En general las soluciones arbitradas, para resolver problemas dimanantes del desarrollo dilatado de los procesos, fueron netamente intervencionistas.

En primer lugar se condicionaba la efectividad de los beneficios al buen fin del proceso jurídico. Quedaban sin efecto los beneficios de la fusión si, transcurrido un año desde la notificación de la resolución del expediente (dos años si se pedía una prórroga), no se hubieran disuelto las entidades absorbidas, en cuyo caso quedarían sin efecto las revalorizaciones y las correlativas consecuencias fiscales⁴⁵.

El desarrollo dilatado de las operaciones confluía con el hecho de que el procedimiento de otorgamiento de los beneficios culminase a posteriori, tras la consumación del negocio jurídico, mientras que el devengo de determinados

⁴⁴ La resolución del TEAC de 21 de diciembre de 2001 interpretó que, como dicha nueva redacción del Art. 4.1 ya no hacía referencia explícita al fondo de comercio, cuyo valor estaría incluido en el valor real del patrimonio que se transmite, ya no era requisito imprescindible que el fondo de comercio tuviese que aparecer explícitamente en el balance de fusión.

⁴⁵ En dicho supuesto, dada la interferencia tributaria con la técnica contable, los asientos correspondientes debieran ser anulados. En otro caso se considerarían los oportunos incrementos de patrimonio gravables derivados del registro contable.

conceptos impositivos se producía cuando todavía se hallaba en una situación de dependencia la efectividad de los beneficios.

El Art. 4.1 del RD de 24/07/1981 (dictado en desarrollo de la Ley 76/80) indicaba que “los acuerdos necesarios para la realización de los acuerdos de fusión o escisión deberán ser adoptados bajo la condición suspensiva de la concesión por el Ministerio de Hacienda de los beneficios tributarios solicitados”.

Esta solución es ciertamente ilustrativa de la filosofía legal. Se trataba de paralizar el devengo de los impuestos que generaría el desarrollo de la operación, ya que si con posterioridad se obtuviesen los beneficios ello acarrearía la consiguiente obligación de devolución de las cuotas previamente ingresadas, con el consiguiente coste aparejado a Administración y contribuyentes.

A la vez, mediante esta solución, si los beneficios resultaban denegados las sociedades respectivas no se hallaban *atadas* por unos acuerdos de fusión o escisión firmes, sino que podían volver a ponderar la oportunidad de la decisión contractual teniendo en cuenta la variable tributaria, ya conocida.

De esta forma se dejaba en suspenso la firmeza jurídica de la operación. Ante la carencia de soluciones más imaginativas se atenazaba la propia génesis del consentimiento contractual acoplándola a la lógica interna de los esquemas tributarios.

La sentencia del TS de 18 de enero de 1991 declaró que la exigencia reglamentaria ex novo de que los acuerdos de fusión y escisión debieran ser adoptados bajo la condición suspensiva de la concesión de los beneficios infringía el principio de jerarquía normativa, incorporando una limitación al goce de los derechos, facultad únicamente reservada a la superior jerarquía de la norma habilitante⁴⁶.

⁴⁶ La Audiencia Nacional declaró nulo este precepto por estimar que vulneraba el principio de jerarquía normativa (En cambio la

Asimismo, en el marco del IS, la ley preveía una confusa delimitación de períodos impositivos. De este modo, en coherencia con la LIS entonces vigente, había que diferenciar un período impositivo comprendido entre el primer día de su normal ejercicio económico y el anterior a la adopción de los acuerdos, y otro que se iniciaba el día de dichos acuerdos y concluía el inmediato anterior al de la escritura. Esta opción provocaba el correlativo incremento de las obligaciones formales.

A su vez la posibilidad de generación de beneficios imponibles (o pérdidas) durante la dilatación del desarrollo de la operación era contemplada de modo muy imperfecto. En todo caso la fecha de retroacción contable resultaba fiscalmente inoperante⁴⁷.

1.3 Las Bonificaciones en el ITPAJD. Confusionismo técnico jurídico relativo a los presupuestos susceptibles de tributación.

El Art. 9 de la Ley preveía una bonificación⁴⁸ en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados, de hasta el 99 por 100 de la cuota, para los actos y contratos mediante los cuales se llevara a cabo la

Sentencia de la AN de 18 de enero de 1985 consideró que unos acuerdos firmes de escisión no cumplían los requisitos precisos para acceder a los beneficios tributarios).

En concreto la Sentencia de la AN de 16-10-1987 estimó que como los beneficios tributarios habían sido denegados únicamente por el hecho de haber tomado el acuerdo de escisión en firme sin subordinar su eficacia a condición suspensiva, y dado que el RD 2182/1981 que apoyaba esta exigencia contenía una innovación absoluta respecto de la Ley 76/1980, cabía anular el acto administrativo de denegación de los beneficios fiscales.

⁴⁷ Así lo reitera la resolución del TEAC de 25 de febrero de 2000.

⁴⁸ Merino Jara I. ("La operación societaria de fusión. Especial consideración de la bonificación del Art. 9 L 76/1980 de 26 dic., sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas", Impuestos, 1985, Tomo II, P.360) resaltó que semejante técnica incorporaba "la finalidad, apuntada en sede parlamentaria, de propiciar la comprobación exhaustiva del valor de los bienes por la oficina liquidadora, ya que en caso de establecerse la exención, no se llevaría a cabo dicha comprobación por carecer de trascendencia".

fusión los preparatorios de ésta y los directamente derivados.

Resultaba errática y distorsionante la alusión a “actos y contratos mediante los cuales se llevara a cabo la fusión”, la cual es una operación jurídica unitaria que no debía ser objeto de atomización conceptual.

Los términos “preparatorios” y “directamente derivados” parecían aludir a actos autónomos desencadenados de la secuencia negocial de la operación, pero precisos para conseguir el acceso a la tutela tributaria.

De esta forma debía solicitarse expresamente la extensión de la bonificación a aquellos actos jurídicos independientes (segregaciones, ventas de activos) que pudieran ser calificados como eslabones necesarios para la culminación del *proceso*, sin perjuicio del problema probatorio añadido.

De hecho era la propia ley la que generaba, mediante sus artificiosas exigencias, el problema que luego intentaba paliar. Por ejemplo, como precisaba que la entidad resultante de la operación revistiese la forma jurídica de anónima, extendía la exención a la operación de transformación que instrumentase el oportuno cambio de vestidura societaria.

Los términos “preparatorios” y “directamente derivados”. demandaban un nexo lógico ⁴⁹ entre el acto en cuestión y el “proceso” de reestructuración, ya derivase el enlace de los requisitos normativos articulados o bien, con carácter indeterminado, de las circunstancias jurídicas y económicas concurrentes⁵⁰.

⁴⁹ La sentencia de la AN de 21 de febrero de 1995 aclara que “el concepto de contratos preparatorios en relación con la bonificación pretendida sólo puede ser entendido en su sentido técnico-jurídico y no en el sentido económico de operaciones, al margen de su propia significación contractual, instrumentales de otras operaciones económicas”:

⁵⁰ La sentencia de la AN de 27 de marzo de 1990 indicó que “La segregación y venta de establecimientos industriales y red comercial efectuada por una sociedad para su integración en otra, no debe considerarse como un hecho aislado e independiente sino como una fase inicial del proceso global de concentración e integración de ambas empresas, así pues esa segregación y venta era un acto “preparatorio” de la fusión... “.

Se estableció la veracidad del nexo (con la consecuente extensión de los beneficios fiscales), dado que los negocios jurídicos de segregación y venta servían para solventar problemas generados para el buen fin de la fusión con motivo de la oposición de varios acreedores y problemas económico laborales.

El término “directamente” parecía demandar adicionalmente un grado de solidez para el nexo, vinculando a indagar acerca de la necesidad de cristalizar los correspondientes actos de disposición⁵¹.

Se desprendía una notoria inseguridad jurídica. El citado Reglamento resaltaba que en la solicitud dirigida al Ministerio debería hacerse detallada indicación de los contratos preparatorios concertados o que se estimase concertar. Asimismo la Orden Ministerial debía señalar los actos y negocios jurídicos, operaciones, documentos y conceptos tributarios para los que se concedían los beneficios así como el alcance de éstos.

1.4 Problemática suscitada en torno al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

La evolución legislativa, engarzada a esta materia, resulta particularmente interesante, en este caso desde la primordial óptica del reparto competencial entre las Administraciones Estatal y Local implicadas.

Inicialmente el Art. 89.a) del Real Decreto 3250/76 declaraba exentos los incrementos de valor que se manifestaran como consecuencia de las operaciones de concentración de empresas en los términos que determinaba el Decreto-Ley 12/73. El beneficio tributario, aplicable sobre el entonces arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, consistía en una exención, concedida por Orden Ministerial y aplicada por el Ayuntamiento en los términos concedidos en la Orden, sin que el estado tuviese que compensar a la entidad local. Dicha bonificación se concedía en

⁵¹ Por su parte la sentencia del TSJ del Principado de Asturias de 27 de octubre de 2000 reconoce la exención tributaria de una escritura pública de segregación de finca y constitución de servidumbres al objeto de hacer posible la aportación individualizada de los elementos integrantes de cada rama de actividad a unas sociedades constituidas.

atención a que se trataba de operaciones beneficiosas para la economía nacional, beneficio del cual indirectamente participaban las Corporaciones Locales.

La situación se trastocó con el Art. 13.1 de la Ley 76/1980, que transformó la exención en una bonificación que podía alcanzar hasta el 99% de la cuota.

El Ayuntamiento, sujeto activo de la imposición, debía ser compensado por el Estado con cargo a los presupuestos generales por los beneficios que se concediesen, a no ser que por el Ministerio de Hacienda y las entidades locales afectadas, se acordase lo contrario. La bonificación se materializaba mediante OM y era de aplicación en los términos de ésta.

La previsión de esta compensación iba encaminada a salvaguardar el principio de autonomía financiera de las Corporaciones Locales, conforme al Art. 142 CE, entendido el mismo en su vertiente de suficiencia financiera.

El artículo establecía, en un plano imperativo, que las fusiones gozarían del beneficio fiscal. No obstante, en la práctica, distintas Ordenes Ministeriales subordinaban el reconocimiento de la bonificación a que el Ayuntamiento afectado asumiera el beneficio fiscal con cargo a sus presupuestos. Como, en ocasiones, los Ayuntamientos rechazaban esta condición de asunción, de acuerdo con el tenor literal de las Ordenes podía quedar sin efecto el otorgamiento del beneficio.

Las sentencias del TS de 17 de enero de 1997 y de 18 de octubre de 1999 resaltaron que el hecho de que las OM incorporaran una condición añadida, a modo de *conditio iuris*, con vocación de obligado cumplimiento para Ayuntamientos y empresas solicitantes, suponía establecer una condición *contra legem*, que vulneraba la Ley 76/1980, y por tanto adolecía de nulidad de pleno derecho.

Del régimen legal de la bonificación se desprendía la existencia de dos relaciones jurídicas totalmente distintas, una de naturaleza tributaria (entre

Administración y contribuyente) completada por el acuerdo del Ministerio. Por otra parte existía otra relación entre el Estado y los Municipios, de naturaleza interadministrativa, atinente a la distribución presupuestaria de la compensación⁵².

En este marco (con independencia de la ilegalidad de la enunciada *conditio iuris*⁵³) la posibilidad de incardinar un mecanismo compensatorio era un asunto a resolver entre las Administraciones implicadas, sin que el sujeto pasivo beneficiado debiera verse afectado.

La Ley 5/1990 de 29 de junio y el RDL 7/1989 de 29 de diciembre, dieron nueva redacción al Art. 13 de la Ley 76/1980 eliminando el mecanismo de la compensación del Estado a los Ayuntamientos y dejando potestativamente en manos de las corporaciones locales la concesión del beneficio y la fijación de su porcentaje, con el límite del 99%⁵⁴.

Delgado González ⁵⁵ estimó merecedora de un juicio desfavorable dicha previsión, en tanto rompía la identidad entre el organismo titular de la competencia para la concesión del beneficio fiscal y el que debía asumir la carga financiera que era el Estado. Adicionalmente se engendraba una complejidad añadida en la tramitación de los expedientes.

⁵² La sentencia del TS de 26 de junio de 1997 interpreta que la Ley 76/1980 contenía dos grupos de normas distintas, el primero es el de las normas “estrictamente tributarias” y el segundo grupo el de las “normas de carácter financiero”, que responden a la pregunta de si los Ayuntamientos deben o no soportar la carga fiscal inherente a las bonificaciones”.

⁵³ Tanto por la falta de soporte legal para su establecimiento como porque (como razona la sentencia del TS de 18 de octubre de 1999), desde un prisma técnico-jurídico, suponía establecer una condición y dejar su cumplimiento a la exclusiva voluntad del deudor en contra del Art.1115 del Código Civil.

⁵⁴ La sentencia del TSJ de Madrid de 30 de noviembre de 1994 interpretó (en relación con el Art. 103.3 de la Ley 39/1988) que no existía ninguna obligación por parte de los Ayuntamientos de otorgar el beneficio tributario.

La sentencia del TS de 2 de diciembre de 2000 estableció que “los ayuntamientos pueden basar su negativa en cualquier circunstancia, tanto atañante a las empresas fusionadas como a la propia Administración local”.

⁵⁵ “ Beneficios fiscales en la fusión de empresas: el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, Impuestos 1989, Tomo II, Pág. 919.

De este modo el principio de suficiencia financiera de las Haciendas Locales podía anteponerse al carácter beneficioso para la economía nacional que presumiblemente tenía la operación⁵⁶.

Por otra parte el Art. 13.2 establecía que si con posterioridad a la escritura de fusión, y antes de transcurrir cinco años, fuesen enajenados bienes sujetos al Impuesto Municipal se perdería la bonificación. La sentencia del TS de 10 de Abril de 2001 concluyó que cuando el articulado se refería a enajenación a terceros no comprendía las transmisiones aparejadas con motivo de la perfección de nuevas operaciones protegidas (en este caso otra fusión).

A su vez el antiguo Art. 106.3 LRHL (derogado por la Ley 29/1991) disponía que “gozarán de una bonificación de hasta el 99 por 100 de las cuotas que se devenguen en las transmisiones que se realicen con ocasión de las operaciones de fusión o escisión de empresas a que se refiere la Ley 76/1980...siempre que así lo acuerde el Ayuntamiento respectivo”.

1.5 La moderna regulación fiscal de la materia.

La ley 29/91 supone la encrucijada en que se pasa de una mecánica de bonificación ad hoc a una verdadera sistemática cimentada en la técnica del diferimiento, que cuenta con el sostén relativo de una normativa tributaria y mercantil más neutral y coordinada con el Derecho comparado europeo.

Esta metodología incorpora un elevado grado de refinamiento, debido al interés en evitar desequilibrios de imposición, y resulta acorde con el principio

⁵⁶ Desde otro ángulo la sentencia del TS de 9 de diciembre de 2000 interpretó que esta potestad en manos de los ayuntamientos no vulneraba los artículos 14 ni 131 CE, en relación con el principio de igualdad, dadas las diferentes situaciones de los municipios españoles.

constitucional de generalidad.

El vuelco en la concepción es radical. La sistemática, de vocación flexible, se caracteriza precisamente, como sintetizamos, por su no interferencia sobre el Derecho sustantivo y por la supresión indiferenciada de cualquier condicionamiento superfluo.

El Art.4º de la Ley 29/1991 resaltaba que no se integrarían en la base imponible del IS los respectivos incrementos o disminuciones patrimoniales, aun cuando se reflejasen contablemente. De esta manera se obviaba el problema tributario (de acuerdo con el tradicional esquema consistente en gravar los beneficios provenientes de los elementos de activo cuando se realizasen mediante enajenación o bien luciesen en cuentas) motivado por la contabilización de las plusvalías generadas por la sociedad transmitente, de acuerdo con el diseño de la LIS de 1978.

La Ley 43/1995 introdujo mejoras de orden técnico sobre la Ley 29/1991, a la vez que ligaba su regulación con el cuerpo normativo que le era propio⁵⁷. Por lo demás se encaminó rotundamente en la dirección de la flexibilidad.

A tal efecto, por ejemplo, la Ley 29/91, de forma un tanto indeterminada, solicitaba que los elementos transmitidos contribuyesen a la obtención de rentas gravables en el IS, al amparo de lo dispuesto por el Art. 4.1 de la Directiva 90/434/CEE⁵⁸.

En el marco de la Ley 43/95 la concreción del rasgo expuesto será operativa,

⁵⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 43/1995 indica que": En lo que afecta a los regímenes especiales, el principal aspecto de la reforma reside en que se recogen en la presente Ley, a diferencia de la situación vigente hasta ahora en que la práctica totalidad de los mismos estaban regulados en leyes especiales".

⁵⁸ Dicho artículo entiende por elementos de activo y de pasivo transferidos, aquellos elementos de la sociedad transmitente que": ...como consecuencia de fusión o de la escisión, queden efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y que contribuyan a la obtención de los resultados que integrarían la base imponible de los impuestos".

en su caso, a posteriori, por la vía de la intelección de la cláusula antifraude.

Las cortapisas que, paulatinamente, vía ley de presupuestos, se van incorporando responden a una funcionalidad puramente técnica, no exteriorizan una política legislativa.

Por otra parte, tras la eliminación de los denominados “incrementos de patrimonio por mera anotación contable”, las plusvalías larvadas en los elementos sólo podrían aflorar con motivo del presupuesto de la transmisión, en coherencia con los fundamentos del régimen especial. De esta manera la norma se incardina en un contexto presidido por la separación de las esferas contable y tributaria.

II. LA DIRECTIVA 90/434/CEE ENMARCADA EN EL ESQUEMA DE LA REGULACION COMUNITARIA SOBRE LA IMPOSICIÓN DIRECTA.

2.1 El proceso de armonización del Derecho Comunitario acerca del tratamiento jurídico de la reestructuración de empresas.

La integración europea requiere del fenómeno instrumental de la reestructuración y concentración de empresas, para que éstas readapten sus estructuras patrimoniales a las coordinadas de un mercado supranacional.

Esta constatación ha adjudicado un marcado protagonismo, dentro de la gestación del Derecho Comunitario, a aquellos instrumentos jurídicos que pueden brindar conducto para cumplimentar la reseñada funcionalidad.

El objetivo ideal es lograr la armonización del Derecho sustantivo⁵⁹ y tributario engarzado a la materia, lo que facilitaría extraordinariamente la proliferación de operaciones intracomunitarias, las cuales debieran conducir a la óptima relocalización de las diferentes partes de una empresa, en función de parámetros puramente económicos, con el consiguiente hipotético beneficio sobre los consumidores finales.

En este contexto surgen, no obstante, barreras, algunas de ellas manifiestamente obstinadas. Unas son de índole política derivadas del nacionalismo económico, dado que mediante estas operaciones se produciría una reubicación, en función de la aséptica variable del coste, de los centros directivos de las empresas.

A tal efecto los respectivos ordenamientos nacionales todavía contienen cláusulas, que a modo de escudo defensivo, impiden o dificultan la absorción de compañías nacionales⁶⁰.

Otros problemas son preferentemente técnicos, derivados de la heterogeneidad en las instituciones acuñadas en cada ordenamiento para plasmar los procesos de adquisición y reestructuración, en correlación con los usos empresariales respectivos⁶¹.

Los avances en el proceso de armonización en la esfera jurídico privada han sido relativamente modestos. Se han promulgado la tercera y sexta Directiva, concernientes a la fusión y escisión de sociedades anónimas, pero no se ha

⁵⁹ Como resalta Agulló Agüero A. (Impuestos, 1986, Tomo II, P.903) (“El Impuesto de Sociedades ante el Derecho Comunitario”): “...adquieren una gran importancia las disposiciones comunitarias que afectan a la aproximación de sus legislaciones en materia civil y, sobre todo, mercantil, en cuanto producen un acercamiento de las estructuras y de las bases sobre las que incide la fiscalidad que, indirectamente, y en cierta medida, resultan armonizadas. Tal ocurre por ejemplo con...las repercusiones que en el ámbito concreto del Impuesto sobre Sociedades están llamadas a tener disposiciones como las relativas al régimen común de la fusión de sociedades”.

⁶⁰ Podemos mencionar los impedimentos que el Derecho Mercantil británico plantea para la absorción de una entidad de esta nacionalidad.

⁶¹ Por ejemplo, en el Derecho británico, las adquisiciones se articulan habitualmente a través de la cesión de paquetes de acciones o participaciones. Asimismo la fusión, reconocida en los ordenamientos derivados del Derecho Romano, cuando se iniciaron los trabajos comunitarios, no encontraba cabida en el Derecho holandés.

aprobado, hasta el momento, el proyecto de décima Directiva respecto a las fusiones transnacionales, que es la norma básica que desmoronaría entramados técnicos proteccionistas todavía vigentes⁶².

Por otra parte existe un gran vacío acerca de la regulación global de los mecanismos jurídicos de reorganización de empresas. En concreto determinados procesos, ajenos a la tradición jurídica continental, como son los instrumentados a través de la cesión de títulos representativos del capital social, conllevan una rica gama de connotaciones en absoluto cubiertas⁶³.

Las divergencias, en ocasiones, se revelan con motivo de cuestiones procedimentales, como la determinación del tipo de canje de las acciones, indisolublemente asociada a los métodos de valoración de empresas propios de cada país.

En definitiva, si profundizamos, podemos observar el extenso trecho que queda hasta alcanzar una armonización jurídico privada global. En cualquier caso existen elementos que permiten un prudente optimismo acerca del futuro. Las instituciones comunitarias han esbozado, a título ejemplificativo, proyectos de Directivas sobre armonización de contabilidad empresarial y de Ofertas Públicas de adquisición de valores (OPAS).

2.2 Tratamiento jurídico fiscal. La génesis de la Directiva 90/434/CEE.

La Directiva 90/434/CEE, apoyada en última instancia en el Art. 100 del

⁶² Como sintetiza Caamaño Anido M. A. (Estudios sobre el Impuesto de Sociedades, Eitorial Comares, Granada 1998, P.336): "Hay problemas que justifican que sólo se formalicen entre empresas de diferente nacionalidad aportaciones de activos y canjes de valores, no propiamente fusiones... Los movimientos de fusión, bien por vía de absorción o de nueva constitución, y en los que alguna de las entidades siempre se disuelve, tropiezan con dificultades que, mientras la Décima Directiva sobre el Derecho de Sociedades no vea la luz, actualmente son difícilmente salvables".

⁶³ Precisamente la superior flexibilidad del Derecho norteamericano al respecto deriva del grado de agilidad que brinda en este último supuesto.

Tratado de Roma, es la fuente de la sistemática de diferimiento, lo que asegura la homogeneidad en los ordenamientos internos de los Estados miembros de sus coordenadas esenciales. Esta norma no impide que cada legislador nacional establezca un régimen distinto para operaciones a escala interna y transnacional. No obstante resultaría poco acorde con los postulados de neutralidad aprovechar la referida posibilidad⁶⁴.

El régimen de diferimiento ha sido eminentemente diseñado en interrelación con las operaciones societarias transfronterizas. Lo anterior sin perjuicio de que, de hecho, las operaciones “internas”, realizadas entre entidades domiciliadas en un mismo país admitan la armoniosa proyección de los principios sobre los que se erige el mecanismo.

La Directiva resaltó que las disposiciones de orden fiscal penalizaban las operaciones transfronterizas en relación con las consumadas entre sociedades de un mismo Estado miembro y que era necesario eliminar dicha penalización.

El legislador comunitario concibió que no resultaba factible alcanzar el referido objetivo mediante una ampliación a escala comunitaria de los regímenes internos vigentes en los Estados miembros, puesto que las diferencias entre éstos podrían provocar distorsiones, con lo que la única solución satisfactoria radicaba en un régimen fiscal común.

A partir de que en 1961 el Consejo de Ministros de finanzas de la Comunidad solicitase a la Comisión que ampliase su actuación al ámbito de la imposición

⁶⁴ Existe un manifiesto interés en que las disposiciones o conceptos tomados del Derecho Comunitario reciban una interpretación uniforme. Por consiguiente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) resultará competente en relación con las operaciones de reestructuración, sin perjuicio de que se inscriban en un contexto estrictamente nacional, siempre que el legislador interno haya decidido brindar el mismo tratamiento normativo a las situaciones internas y a las específicamente reguladas por la Directiva.

directa, los trabajos sobre la materia contemplaron como una exigencia primaria descargar de gravámenes las conocidas operaciones.

La Comisión, tras la elaboración del Informe Neumark (en 1962), presentó varios proyectos de armonización al Consejo. En concreto preparó en 1964 un memorándum acerca del programa de armonización de la imposición directa. En 1969 presentó dos propuestas de Directiva:

- a) Propuesta de Directiva sobre el régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activo entre sociedades de diferentes Estados miembros.
- b) Propuesta de Directiva sobre régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros.

A su vez la Comisión presentó tres nuevas propuestas sobre: 1) Propuesta de Directiva sobre armonización de sistemas de impuesto de sociedades y de los regímenes de retención sobre los dividendos, (publicada en 1975); 2) Propuesta de Directiva sobre la eliminación de la doble imposición sobre los ajustes en las transferencias de beneficios entre grupos de sociedades (publicada en 1976); 3) Propuesta de directiva sobre instituciones de inversión colectiva (publicada en 1978).

La Comisión presentó en 1985 el Libro Blanco sobre el Mercado interior, tras lo cual se constatará un clima proclive a la eliminación de las fronteras fiscales, en cuyo marco se pide la aprobación de las referidas propuestas, las cuales no cristalizarían hasta el 23 de julio de 1990.

2.3 El principio de libertad de establecimiento para las personas jurídicas.

El estatuto que impregna la imposición directa transfronteriza engarza con dos principios básicos como son:

- A) La libertad de circulación de capitales en el mercado único.
- B) La libertad de establecimiento tanto para personas físicas como jurídicas, la cual, a nuestros efectos, implica permitir la máxima movilidad en la creación y traslado de empresas con independencia de su envoltorio jurídico formal.

Actualmente la libertad de establecimiento se regula en los Arts.43 y 48 del Tratado de Ámsterdam. El Art.43 determina que la libertad de establecimiento comprende la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento. Es decir vincula a conceder un amplio grado de flexibilidad en la *creación y enajenación* de filiales, casas matrices o establecimientos permanentes.

Servaas Van Thiel⁶⁵ resaltó que el derecho de establecimiento de las personas jurídicas, en el Derecho Comunitario, debiera abarcar tanto el derecho de establecimiento secundario (creación de agencias filiales y compañías) como el derecho de establecimiento primario (creación y traslado del centro de dirección).

No obstante el autor ⁶⁶ reconoce que “en el estado actual de la legislación comunitaria sobre sociedades, éstas no disfrutaban del derecho primario de establecimiento, como si estuvieran imposibilitadas bajo las leyes de ciertos Estados miembros, a salir de la jurisdicción del país de la casa matriz sin perder su personalidad jurídica”.

⁶⁵ (“Planificación fiscal y derecho de establecimiento en Europa. El caso Daily Mail.”, Impuestos 1989 Tomo I, P.971 a 989).

⁶⁶ “La supresión de la discriminación en materia de imposición sobre la renta como barrera a la libre circulación de personas en la Unión Europea” (Quincena fiscal, junio 1996, nº12, Pág.45).

En cualquier caso, como es sabido, debe entenderse acotada la soberanía normativa de los estados miembros respecto de la imposición directa, en cuanto su ejercicio no debe provocar discriminación alguna, expresa o encubierta, basada en la nacionalidad ni conculcar el principio de libertad de establecimiento.

En esta línea la jurisprudencia comunitaria ha postulado la necesidad de que la fiscalidad represente un papel neutral ante la selección de los formatos jurídicos de establecimiento empresarial. De este modo puede elegirse entre la creación en el Estado miembro de establecimiento de una filial o bien una agencia o sucursal, elección que no debe verse entorpecida por divergencias en el tratamiento fiscal.

En síntesis, como hemos indicado, mediante una fusión transfronteriza la sociedad absorbida puede mudar en simple EP de la absorbente, con lo que debe compatibilizarse el interés del Estado en que esté ubicado el EP de asegurarse la potestad recaudatoria, considerando éste como sujeto pasivo aglutinador de las rentas que en el futuro se devenguen, con el interés empresarial de recibir un trato no discriminatorio en función de la residencia.

De la misma forma, indirectamente, la adecuada intelección del principio de libertad de establecimiento de las personas jurídicas puede agilizar las reorganizaciones en el seno de los grupos de sociedades⁶⁷.

De modo puntual se espera que el estatuto de la sociedad europea, que nacerá fundamentalmente mediante fusión, libere de importantes costes operativos a las compañías de una cierta dimensión.

⁶⁷ Por ejemplo según la sentencia del TJCE de 12 de abril de 1994 (Asunto Halliburton Services) “Los artículos 52 y 58 del Tratado CEE se oponen a que una legislación de un Estado miembro reserve las exenciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que se adeuda normalmente en caso de cesiones o ventas que tienen lugar con motivo de una reorganización en el seno de un grupo de sociedades, únicamente a los supuestos en que la sociedad beneficiaria de dicha exención adquiera bienes inmuebles de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho nacional y niegue esa ventaja en caso de que la sociedad transmitente esté constituida de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro”.

En la esfera comunitaria procura cristalizarse un adecuado entorno jurídico para facilitar la cesión de empresas y negocios, aligerándose los impuestos que gravan su transmisión, a título lucrativo u oneroso, para garantizar la continuidad de la empresa.

En concreto la Recomendación de la Comisión de 7 de Diciembre de 1994 (relativa a la transmisión de pequeñas y medianas empresas) subraya que los Estados debieran aplicar la neutralidad fiscal a todas las operaciones que se realizan con vistas a preparar la transmisión⁶⁸.

2.4 La Directiva 90/434/CEE como pieza del incipiente Derecho Comunitario acerca de la tributación de grupos transnacionales.

La Directiva 90/434/CEE debe contemplarse como un peldaño del incipiente ramillete de normativa tributaria comunitaria acerca de los grupos de sociedades transnacionales (sin perjuicio de que sus objetivos obviamente rebasen tal ámbito), junto con la 90/435/CEE sobre régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y el Convenio de 23 de julio de 1990 concerniente a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas (Convenio de arbitraje), normas todas ellas aprobadas en una misma fecha⁶⁹.

⁶⁸ La Recomendación destaca que: "la pérdida de empleo y de riqueza económica es tanto más lamentable cuanto que no se debe a las fuerzas del mercado, sino a una preparación insuficiente de la sucesión y a la inadecuación de determinadas partes del Derecho de los Estados miembros, principalmente en lo relativo a Derecho de sociedades, Derecho de sucesión y Derecho fiscal".

⁶⁹ Existen dos propuestas de Directiva, con fecha de 26/07/1993 orientadas a modificar la 90/434 y 90/435. El 26 de julio de 1993 la Comisión presentó una propuesta de Directiva por la que se modifica la 90/434, ampliando el ámbito de aplicación. Asimismo está encaminada a ajustarse a la noción de participación mínima establecida en la Directiva 90/435/CEE. El 19 de abril de 1994 el Parlamento aprobó la propuesta sin enmiendas.

Estas disposiciones de Derecho Comunitario Derivado están nítidamente concatenadas, pudiendo ser consideradas eslabones de una sistemática unitaria, los cuales recogen las últimas tendencias científicas en relación con la materia, tendentes a la eliminación de gravámenes suplementarios como retenciones en origen, dobles imposiciones y en general cargas administrativas que obstaculizan la actividad transfronteriza.

Como sintetiza Navarro Egea⁷⁰ : “se pueden distinguir, con una visión amplia del fenómeno reorganizador, dos momentos diferenciados cronológicamente: uno referido a los hechos susceptibles de imposición en el momento de la reorganización, y otro posterior, como consecuencia de las dobles imposiciones generadas al hilo de la distribución de beneficios entre las sociedades matrices y filiales después de constituido el grupo de sociedades”.

En esta línea podemos segmentar la esquemática trazada, considerando que mientras la Directiva 90/434 CEE bloquea la afloración de plusvalías a la hora de la consumación de la operación que puede perfilar el diseño del grupo, la 90/435/CEE trata de facilitar la creación de dichos grupos, articulando unas normas neutras que tratan de inhibir la doble imposición en la distribución de beneficios recibidos por sociedades matrices procedentes de sus filiales en otros Estados miembros.

El convenio concerniente a las empresas asociadas regula otra cuestión derivada de la ausencia de voluntades contrapuestas dentro del grupo. A tal efecto la capacidad de diseño de estos entes posibilita la traslación artificial de rentas y beneficios gravables mediante la deformación de precios contractuales (precios de transferencia). Intenta conjugar dos objetivos como son los de evitar la erosión de bases imponibles así como la doble imposición sobre los flujos financieros

⁷⁰ Fiscalidad de la reestructuración empresarial... op.cit .P.149.

intracomunitarios mediante el ajuste bilateral a practicar por las Administraciones implicadas.

De esta manera se completa la estructura fiscal primaria de estos grupos, abarcando tanto la problemática derivada de su estructuración estratégica (Directiva 90/434), como la suscitada por determinados extremos de su ciclo (Directiva 90/435 y Convenio). No obstante existe inquietud en las instancias comunitarias ante la conciencia del camino que queda por recorrer hasta lograr un acabado normativo más o menos estable de la materia.

III. REGIMEN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DE LAS PLUSVALÍAS MANIFESTADAS EN ESTOS PROCESOS.

El título VIII de la LIS comprende los denominados “régimenes tributarios especiales”, entre los que se encuentra, “por razón de los actos u operaciones de que se trate”, el régimen del diferimiento. Como resalta el Art. 65.2 LIS, y en cualquier caso sería preceptivo, las normas contenidas en los restantes Títulos se aplicarán con carácter supletorio respecto de las contenidas en el presente Título”.

La interrelación entre régimen general y especial en esta materia se halla presidida por dos características nucleares. En primer lugar, obviamente, el eje medular del régimen genérico, la integración de renta fiscal en la base imponible de la entidad transmitente, será precisamente la barrera que franqueará el régimen de diferimiento. En segundo lugar ambos compartimentos normativos se empapan recíprocamente de una manera muy singular.

3.1 Interrelación entre régimen genérico y especial.

La regulación básica del régimen genérico se realiza en los Art. 15 a 18 LIS, que representan un apartado del bloque normativo (Art. 11 a 18 LIS) que prevé las correcciones fiscales al resultado contable, en coherencia con la previsión del Art. 10.3 LIS que, para la determinación de la base imponible del impuesto, recepciona en bloque la normativa mercantil encaminada a la cuantificación del resultado contable, entretanto la LIS no la excepcione.

Las reglas contables, con carácter general, no permiten relucir renta económica (pérdida o ganancia) como consecuencia de estas operaciones, equiparadas a sustituciones de activos, lo que obliga a que la norma vede el ordinario juego del derecho Contable, con la consiguiente necesidad de practicar ajustes sobre el resultado contable.

El Art. 15.3 LIS acoge la regla de determinación cifrada de la plusvalía y el consiguiente mandato de su integración en la base imponible de la entidad transmitente en el período impositivo en que se perfecciona la operación. En el caso de fusión, absorción y escisión total o parcial la entidad transmitente “integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable”, resultando extensivo el mandato al supuesto de elementos aportados a entidades.

El Art.15.2 LIS incardina una regla valorativa imperativa para determinados negocios en los que la contraprestación no es dineraria, una presunción iuris et de iure, que vincula tanto a la Administración como a los contribuyentes. Según el Art. 15.2.b) y 15.2.d) LIS se valorarán por su VNM los elementos aportados a entidades y percibidos en contraprestación así como aquellos transmitidos en virtud de fusión absorción y escisión total o parcial.

En principio los bienes y derechos adquiridos se valorarán por su VNM. Si en sede de la entidad adquirente existe diferencia en el valor atribuido a los elementos, entre los criterios contable y tributario, la misma deberá integrarse en base imponible de esta entidad conforme a las reglas del Art. 18 LIS.

Por su parte el diseño del diferimiento arbitra los broches técnicos *contrapuestos* de “la no integración” en base imponible de las rentas en la esfera de la entidad transmitente y la correlativa valoración fiscal de los elementos por el mismo valor que regía en la sociedad transmitente.

Asimismo pueden aflorar rentas económicas, con motivo de la operación, pero no, al menos con carácter inmediato, de la transmisión.

A tal efecto si, con carácter previo a la operación, la sociedad absorbente participaba en el capital social de la transmitente, se exteriorizaría una renta por diferencia entre el valor real del patrimonio recibido, correspondiente al grado de participación poseído, y el valor contable de esa participación. El régimen especial extenderá sus efectos a este punto.

En otras ocasiones los “desplazamientos patrimoniales”, consecuencia de la operación, no engendran renta contable ni fiscal alguna. Por ejemplo, los fondos propios (capital y reservas) de las entidades transmitentes pueden transformarse, a causa de la fusión o escisión, en capital y prima de emisión en la sociedad adquirente, sin que se derive por ello renta alguna.

3.2 Las disposiciones del régimen genérico no conectadas inmediatamente con la determinación de la plusvalía fiscal.

El Art. 16 LIS, haya o no contraprestación en metálico, ordena la valoración por el VNM de aquellas operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas. El objetivo, sobradamente conocido, es impedir que sociedades materialmente interrelacionadas, puedan artificiosamente transferir rentas entre sí, mediante la tergiversación de los precios contractuales.

En este sentido, con frecuencia, nuestras operaciones se desenvolverían en una esfera en la que cabría constatar relaciones de vinculación, de conformidad con el tejido de puntos de conexión previsto por el Art. 16.2 LIS. Por ejemplo será común que las entidades partícipes pertenezcan a un mismo grupo societario mercantil (Art. 16.2.d)).

De este modo podríamos preguntarnos acerca de si, en este contexto, de ser aplicable el régimen genérico, podría operar el Art. 16.1 LIS, el cual concede la posibilidad a la Administración de recurrir a la valoración por VNM en el supuesto de operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas, supeditada al cumplimiento de unos concretos requisitos⁷¹.

En todo caso el Art. 15.2, que obliga tanto a la Administración como a los contribuyentes, en virtud de su cristalina inmediatez, debe prevalecer, sobre la facultad administrativa de valoración por VNM del Art. 16.1 LIS, la cual⁷², en la práctica, sería ociosa. **La regulación de la vinculación, tras la Ley 43/95, en principio, sería extensiva no sólo al ámbito de los**

⁷¹ En concreto que de la aplicación de la valoración pactada resulte en nuestro país una tributación inferior a que correspondiese por aplicación del VNM o un diferimiento de la misma.

⁷² Falcón y Tella R. ("El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario". Impuestos, diciembre 1998, nº 24, P.34) entiende que no es posible aplicar el régimen de las operaciones vinculadas en aquellos casos en que existe una norma específica que ordena aplicar en todo caso el valor de mercado, como es el caso de las operaciones societarias contempladas en el Art.15.

Sin embargo Tomé B. (Guía del Impuesto sobre Sociedades, editorial CISS, Valencia, 1996, P.345.) parece pronunciarse por la compatibilidad cuando indica que "la regla de valoración del artículo 15.2, en cuanto es una regla de valoración especial que afecta a la totalidad de los sujetos pasivos para unas operaciones concretas, tiene preferencia sobre lo dispuesto en el artículo 16 para las operaciones vinculadas".

“ingresos y gastos” ordinarios sino al de los resultados extraordinarios (antiguos incrementos de patrimonio)⁷³.

De acuerdo con el Art. 15.2 LIS”: Se entenderá por valor normal de mercado el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes. Para determinar dicho valor se aplicarán los métodos previstos en el artículo 16.3 de esta Ley”.

Los referidos métodos podrían ser aplicados, en su caso, por la Administración o por el contribuyente en virtud del Art. 15.2 LIS. En cualquier caso comprobamos su inadecuación en nuestro contexto, donde debe procederse a la valoración de complejas universalidades patrimoniales, dado que los mismos están diseñados para abarcar operaciones comerciales ordinarias, incidiendo en conceptos como el “margen comercial”.

Asimismo tampoco sería trasladable la previsión del Art. 16.6 LIS acerca de la posibilidad de que la Administración y los contribuyentes lleguen a acuerdos para la valoración de los elementos patrimoniales transmitidos con anterioridad a la realización de la operación (acuerdos previos sobre precios de transferencia), sobre la base del VNM.

La validez del acuerdo, con vocación de permanencia, prevista durante el intervalo de tres períodos impositivos confirma que se tratan de cubrir operaciones ordinarias⁷⁴ y no estas operaciones extraordinarias y esporádicas, donde la valoración patrimonial será inevitablemente singularizada.

⁷³ La sentencia del TS de 11 de febrero de 2000 (en relación con la Ley 61/1978) ha indicado que las normas de valoración entre sociedades vinculadas devenían inaplicables en los casos de vinculación que dan lugar a incrementos o disminuciones patrimoniales, con anterioridad a la Ley 43/1995. Sin embargo tras la Ley 43/95 el régimen de operaciones vinculadas, en principio, afectaría tanto a los resultados ordinarios como a los extraordinarios.

⁷⁴ Como sintetiza Tomé B. (Guía del... , Op. Cit. P.376)”: Las operaciones previstas en el Art. 15.2 pueden referirse a elementos patrimoniales de valoración difícil. Se trata sin embargo de operaciones esporádicas, a diferencia de las operaciones vinculadas que normalmente se realizarán de forma reiterada. Tal vez se pueda entender que esta diferencia justifica que no se apliquen los acuerdos previos a los negocios jurídicos contemplados en el Art. 15.2”.

CAPITULO III.

I. FUSION.

1.1 Concepto jurídico-tributario.

El Art. 97.1 LIS diferencia tres modalidades de “fusión fiscal”,

A) Fusión por constitución”: Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad, ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad” (Art.97.1.a)).

B) Fusión por Absorción”: Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad” (Art.97.1.b)).

C) Fusión impropia: “Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social” (Art.97.1.c)).

La unidad económica preexiste a la jurídica⁷⁵. En cualquier caso existirá traslación jurídica y posible renta fiscal.

⁷⁵ El Derecho norteamericano incluso permite instrumentar la fusión de sociedades filiales por la matriz sin intervención de los accionistas de ninguna de ellas, dado que no hay una alteración material de derechos preexistentes.

La fusión por constitución y la absorción van adquiriendo progresivamente cierta autonomía conceptual entre sí, tanto en el ámbito jurídico como en el contable⁷⁶.

Ahora bien el diseño de la fusión por constitución de nueva sociedad resulta penalizado fiscalmente, al haber, al menos, dos entidades transmitentes, y aflorarse más índices potencialmente gravables. Asimismo la absorción ofrece ventajas derivadas de la continuidad de la personalidad jurídica. Esta circunstancia inclinará frecuentemente la balanza hacia ella a pesar de que el substrato responda a una operación en pie de igualdad.

Cabe subrayar que el Art. 233 LSA únicamente distingue entre la fusión por absorción y por constitución de nueva sociedad. Sólo el Art.250 LSA recoge determinadas singularidades propias de la fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada. Así pues la singularización otorgada por la LIS a la fusión impropia parece responder al reconocimiento de la riqueza fiscal (por ejemplo incidencia tributaria en la adquirente) que puede arrojar esta operación.

1.2 Rasgos estructurales.

Los requisitos conceptuales de la operación (Art. 97.1 LIS) son:

⁷⁶ Desde el punto de vista contable se ha diferenciado entre: A) Fusión por intereses o integración de sociedades de similares dimensiones en que ninguna de las partícipes prevalece notoriamente sobre el resto y se realiza una verdadera integración de empresas. B) Fusión por adquisición en la que una de las entidades claramente mayor que las demás es objeto de ampliación a través de la adición de otras. Se presume este supuesto fáctico si el patrimonio neto de la "absorbida" fuese inferior al 50 por 100 del de la absorbente. C) Fusiones entre sociedades vinculadas: Los elementos patrimoniales de las sociedades dependientes se valorarán de acuerdo con los criterios de las normas de Consolidación.

1.2.1 Trasmisión en bloque.

Esta expresión alude al traspaso global y en un solo acto del patrimonio, tanto de los activos como de los pasivos, cuya recepción implicará, generalmente, el aumento de capital por parte de la entidad adquirente.

Este rasgo, como se deduce de la redacción del Art. 233 LSA, implica la generación del efecto de sucesión universal, que cristalizará la continuidad mediante la subrogación en la titularidad de las relaciones jurídicas. Este efecto es precisamente el que facilita la transmisión del patrimonio social.

El Art. 97.1.c) LIS no recoge, en la definición de la fusión impropia, esta expresión (“transmisión en bloque”), a pesar de que en esta operación también evidentemente se transmite el patrimonio “como un todo” (in universum ius). Cabe pensar que se trata de no vedar implícitamente la posibilidad de acogida de ciertas cesiones globales del activo y pasivo, cuyo título traslativo no es la “fusión mercantil”, dado el carácter excepcional de esta modalidad de sucesión.

1.2.2 Disolución sin liquidación.

La disolución de la entidad fusionada se produce automática e imperativamente⁷⁷ sin necesidad de acto formal declaratorio (Art. 260.1.6º LSA). En concreto, a nuestros efectos, el Art.97 LIS solicita “la disolución sin liquidación” de la entidad transmitente.

La liquidación, teóricamente, quebrantaría la debida continuidad en las relaciones jurídicas con terceros. Se trata de un proceso encaminado a satisfacer a

⁷⁷ La sentencia del TS de 21 de marzo de 1987 destacó que “el concepto de fusión es acto social que exige inexcusablemente la disolución previa de la sociedad fusionada, cuyo patrimonio pasa a la nueva sociedad, no bastando, por tanto, un traspaso de bienes a ésta, cualquiera que sea su entidad para que pueda hablarse de “fusión”.

los acreedores sociales y distribuir el remanente (una vez realizados los activos) entre los socios, el cual destruiría la envoltura empresarial y mutaría las relaciones jurídicas preexistentes. A su vez, en principio, la exigencia de la transmisión en bloque debe conllevar la traslación de la explotación formalmente intacta.

El Art.266 LSA bloquea, excepcionalmente, la correlación inmediata entre disolución y liquidación⁷⁸. De acuerdo con este precepto: “Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo”. Debemos destacar la imprecisión de este artículo, según matizaremos.

Por su parte el Art. 251 LSA (Art.94.3 LSRL) permite que las sociedades en liquidación participen en una fusión “siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas”.

Esta conclusión parece pacíficamente trasladable a nuestro ámbito. Es decir debemos entender que no resulta óbice, para la conceptualización a efectos del régimen fiscal, que la sociedad respectiva se halle inmersa en un proceso liquidatorio siempre y cuando no se haya sobrepasado el referido umbral⁷⁹.

Debemos conciliar el entendimiento de los preceptos mercantiles y tributarios. El Art. 264 LSA resalta que la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica durante el proceso de liquidación, si bien tras la disolución sólo subsiste para su liquidación. Como sabemos el Art. 251 LSA demanda que no haya comenzado el reparto patrimonial.

De este modo, en principio, el esquema esbozado no violenta ninguna

⁷⁸ Como denota la sentencia del TS de 10 de mayo de 1982: “...Es innegable que la liquidación de una sociedad carece de sustantividad respecto de la disolución”.

⁷⁹ En este contexto existe una corriente doctrinal que concibe el período de liquidación social como un proceso articulado por dos fases. La primera tendría básicamente por objeto la realización de los activos y cancelación de los pasivos, y la segunda la distribución del remanente entre los socios así como los trámites necesarios hasta la efectiva extinción jurídica.

directriz técnica fiscal. A tal efecto cabe subrayar que la persistencia de la personalidad jurídica implica la de la cualidad de sujeto pasivo del IS y que el inicio del reparto podría ocasionar la generación de devengos de conceptos impositivos.

No obstante es cierto que, en la hipótesis de que la entidad partícipe en la fusión o escisión se halle incurso en un proceso liquidatorio, surgen algunos serios obstáculos interpretativos, en el marco tributario, dada la posible mutación experimentada por las partidas patrimoniales, acaecida en el marco de un proceso diferente del que acaba prevaleciendo jurídicamente.

El principal escollo es el imperioso nexo causal articulado por el Art.97.1 LIS entre la disolución y la transmisión patrimonial, que exige una inmediatez en tal enlace, mientras que en el supuesto comentado existe un paréntesis cronológico intercalado. En este sentido el Art. 97 LIS (así como el Art. 2 de la Directiva 90/434/CEE) reitera (en sus tres apartados) que la transmisión en bloque debe efectuarse “como consecuencia y en el momento” de la disolución sin liquidación de la entidad transmitente, la cual en dicho acto transfiere su patrimonio.

En cualquier caso, a nuestros efectos, interpretamos que la expresión incorpora un sentido muy concreto, dirigido a subrayar la necesidad de unidad negocial para el proceso, según resaltaremos, resultando pues susceptible de encaje en el Art. 97 LIS la fusión de sociedades en liquidación conforme a lo postulado en el Derecho Mercantil.

Advertimos la íntima ligazón entre los conceptos de “transmisión en bloque” y disolución sin liquidación”. Uno constituye el natural reverso del otro. No resulta sencillo advertir una transmisión en bloque (concepto inspirado en el ideal de la continuidad), en la transferencia de un conjunto que cesó su dinamismo económico típico. En cualquier caso la ley mercantil solicita asimismo la

transmisión en bloque, con lo que la inscripción registral actuaría como filtro garante de este requisito.

De esta manera la fusión podría culminar la transmisión de un patrimonio que ha experimentado alteraciones respecto del preexistente cuando se acordó la disolución, sin que ello vulnere la exigencia de transmisión en bloque.

Una función de los liquidadores es concluir operaciones comerciales pendientes, enajenar bienes sociales etc. lo cual a su vez provocará el devengo de las consiguientes rentas fiscales. En principio dichas rentas se devengarían normalmente en sede de la sociedad en liquidación, contribuyendo a petrificar las partidas del balance de situación, que, en su caso, ulteriormente experimentarían la plusvalía susceptible de diferimiento, exteriorizada por el negocio jurídico de fusión. Simplemente la continuidad valorativa, en su caso, se proyectaría sobre el patrimonio social contemplado en el momento en que se consuma la fusión.

La consulta DGT de 6-9-2000 (nº 1481-00) plantea un caso en que por imperativo de la legislación mercantil del Reino Unido la operación da lugar a la “liquidación”, en terminología jurídica británica, de la sociedad transmitente⁸⁰. A nuestros efectos, como destaca la DGT, el condicionante estribaría en que los efectos de dicha liquidación, en función de la legislación aplicable, no resulten asimilables a los de una liquidación social en el sentido del Capítulo IX del TR LSA, esto es, cumplimiento de obligaciones, garantía de intereses de terceros y reparto del haber social entre los socios.

El Art.274 LSA compele a los liquidadores a elaborar un balance final y un proyecto de distribución del remanente social para fijar el estado patrimonial de la

⁸⁰ Asimismo la consulta DGT de 4-9-2000 (cv nº 0076-00) en la que se contemplaba una operación de cesión global de activos y pasivos en la que las sociedades disueltas procedían a su liquidación de acuerdo con legislación mercantil irlandesa.

sociedad y, en su caso, la cuota del activo social a atribuir a los socios. La normativa asocia, pues, implícitamente la formación del referido balance con el reparto patrimonial consiguiente.

Un sector de la doctrina mercantilista ha criticado el hecho de que se permita participar en la fusión a las sociedades disueltas que hubieran aprobado el balance final de liquidación, aun cuando no se hubiese iniciado el reparto del patrimonio social, dado que, a partir de dicho momento, el derecho abstracto de los socios a la cuota de liquidación podría concebirse materializado en un derecho concreto, indisponible.

En nuestro contexto, en principio, tampoco sería impedimento el que se hubiera aprobado el balance final de liquidación. A nuestros efectos el derecho del socio a la cuota de liquidación transmuta, antes de concretarse efectivamente, en la asignación de una contrapartida accionarial en el marco de un proceso de fusión, sin que tal modificación genere en sí misma consecuencia fiscal alguna pues entronca con una licencia expresa de la normativa mercantil.

Lete Achirica ⁸¹ entiende que será en el momento de aprobación del balance final por la Junta General de la sociedad en liquidación, una vez publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en el lugar del domicilio social, cuando se devengará el IS correspondiente. Esta opinión se fundamenta en que entre las operaciones liquidatorias se incluye el pago correspondiente a los acreedores y socios. A tal efecto, evidentemente, la cuota del IS constituye un débito más, de carácter ex lege.

En cualquier caso entendemos, de conformidad con el mandato del Art.

⁸¹ “Supuestos de período impositivo anticipado: el nuevo artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, Impuestos, enero 2001, nº1, P.113).

24.2.a) LIS, que sólo concluirá el período impositivo de la entidad cuando ésta se extinga, ocasionándose entonces el devengo del IS correspondiente (Art. 25 LIS).

De otro lado si la sociedad en liquidación no va a extinguirse de resultados del proceso de fusión o escisión (si interviene como adquirente) la operación conlleva su reactivación a la vida económica y jurídica. Debe ser posible este presupuesto conforme a los parámetros legales y estatutarios. Desde el ángulo tributario no existe traba alguna en coherencia con la continuidad de la cualidad de la sujeción pasiva al IS.

1.2.2.1 Concatenación entre disolución y extinción jurídica.

El Art. 233 LSA indica que “la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas... Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán...”

Se aprecia una aparente asimetría entre las construcciones de la LSA y la LIS. La norma mercantil asienta el concepto en el sentido de que de la perfección de la fusión se deriva automáticamente la extinción, en cambio la LIS pivota eminentemente en torno a la disolución.

En efecto el Art. 97 LIS edifica el concepto como si la disolución sin liquidación fuese el título traslativo. Resulta importante insistir en el sentido de este precepto cuando subraya que la transmisión será “como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación... “), dada la aparente ociosidad de la terminología.

En realidad cada ordenamiento atiende a sus particulares intereses. La ley mercantil omite la referencia a la disolución, una vez que la misma se deriva ipso iure de la adopción del acuerdo de fusión (Art. 260.1.6 LSA).

Sin embargo la norma tributaria quiere instaurar un nexo nítido entre la disolución y la transmisión. No ya porque la disolución sea el título traslativo ni porque no resulte precisa la extinción de la entidad fusionada para cumplimentar el concepto tributario, sino para cerrar inequívocamente las puertas de entrada al régimen especial a determinados supuestos (como la venta-fusión) en los términos que se explicitarán.

1.2.3 Compensación en metálico.

De acuerdo con el Art.5.2.b) de la 3ª Directiva el proyecto de fusión debe contener “la relación de canje de las acciones y, en su caso, el monto de la compensación en metálico”. El Art. 247.2 LSA resalta que los socios de las sociedades extinguidas “Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje de las acciones, podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas”.

El Art.97 LIS, en sus tres apartados contempla para completar el diseño de la atribución de valores, una limitada compensación líquida dirigida a los socios de la entidad transmitente.

La compensación no puede exceder del 10% “del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”. Se trata de un porcentaje teóricamente suficiente para no

desnaturalizar la operación pero permitir la sedimentación de las ecuaciones de canje ante la dificultad de lograr un equilibrio aritmético en la atribución de títulos. El límite debería configurarse globalmente y parece que también, en particular, sobre lo atribuido a cada socio.

La norma tributaria extrapola pues la previsión mercantil. La función connatural de la compensación es permitir el redondeo de la ecuación de canje para plasmar el principio de continuidad teórica en las posiciones económicas. Debe concebirse, por tanto, como una herramienta excepcional con una funcionalidad tasada y preasignada por la norma (Art. 247.2 LSA: "...cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje").

En cualquier caso, dada la claridad de la LIS y la LSA, la vulneración del límite convertiría la fusión en una operación distinta. Se desnaturalizarían los principios esenciales de la operación, que se desdoblaría en una compraventa del patrimonio social por la parte atribuible al metálico.

Ahora bien podríamos plantearnos la posibilidad de rechazar, a nuestros efectos, una operación que incorporase una compensación respetuosa con el límite formal pero que, en la práctica, hubiese operado como complemento (de índole retributivo) de la contraprestación accionarial o bien desembocase en una exclusión de socios. No se habría cumplido pues el objetivo preestablecido por el ordenamiento, ligado al principio de continuidad, vulnerándose teóricamente el Art. 247.2 LSA, de proyección supletoria sobre el Art. 97 LIS, y quebrantándose adicionalmente el espíritu del articulado fiscal.

De acuerdo con una interpretación finalista, cabría teóricamente la posibilidad de vedar la acogida de tal operación al diferimiento. A pesar de ello, en aras del principio de seguridad jurídica, estimamos difícilmente viable dicha

solución, máxime a través de una recalificación basada “directamente” en la vulneración de los contornos conceptuales tributarios. En todo caso podría prosperar la misma por la vía de la cláusula antifraude, en un procedimiento de fraude de ley, según resaltaremos en su momento.

La Tercera Directiva del Consejo, relativa a las fusiones de sociedades anónimas, abría la posibilidad de que los ordenamientos internos admitiesen la concreción de la compensación en especie. Esta posibilidad no ha sido recogida por nuestro Derecho Positivo. Esta circunstancia, a su vez, facilita la construcción fiscal. A su vez el Art. 2 de la Directiva 90/434 sólo contempla el dinero como instrumento compensatorio.

El Art. 8.4 de la Directiva 90/434/CEE⁸² permitía excluir de la esfera del diferimiento a la compensación líquida, gravando pues la parte proporcional. Nuestro ordenamiento ha optado por no ejercitar dicha posibilidad.

Por otra parte a pesar de que, como resaltaremos, el concepto fiscal no incluye la expresa alusión a que la atribución a los socios deba ser proporcional, esta característica debe predicarse de la adición del valor económico de la porción accionarial y líquida.

1.2.4 Atribución de valores.

La atribución a los socios de las sociedades disueltas de las acciones o participaciones de la adquirente, a través del aumento del capital social de ésta,

⁸² De acuerdo con este precepto, la regulación de la posición del socio (apartados 1,2 y 3 del Art. 8)no obstará,"para tomar en consideración en la imposición del socio, la compensación en dinero que, en su caso, se le haya atribuido con motivo de la fusión, de la escisión o del canje de acciones".

representa el natural hilo conductor para integrar a los referidos socios en sede de la entidad fusionante.

El Art.233.2 LSA resalta que la sociedad absorbente "... adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda".

De esta forma el aumento de capital, en armonía con el Derecho comparado, no es requisito caracterizador de la fusión sino que reviste un carácter puramente instrumental, en función del substrato económico, en orden al buen fin de la operación. Será un acto ordinario en la secuencia negocial pero no indispensable. Correlativamente la agrupación de socios no es un presupuesto necesariamente caracterizador de la fusión, sino una consecuencia técnica ordinaria de su desarrollo.

Evidentemente, en la fusión "impropia", cuando la sociedad absorbente sea propietaria de la totalidad de las acciones de la absorbida, dicho aumento constituiría un contrasentido. Se produce una simple mutación de la inversión financiera en su alícuota patrimonial, no hay que satisfacer un "precio".

Asimismo en el supuesto de que se fusionen sociedades participadas por un único socio (el mismo para ambas) o por los mismos socios en idéntica proporción (sociedades gemelas), o bien en hipótesis de dominio indirecto en los que la sociedad absorbente participa en el capital de la absorbida a través de entidades intermedias, asimismo deviene en innecesario el aumento de capital por cuanto la posición económica de los socios no va a experimentar alteración alguna con motivo de la operación.

En este caso la sociedad absorbente contabilizará la recepción del patrimonio con abono a reservas, sin que proceda atribución de valores. En la medida en que la

norma mercantil habilite esta posibilidad la operación podría ser tutelada por el régimen especial.

La operación en que la entidad absorbida participa en el capital de la sociedad absorbente, dado que puede calificarse como “fusión mercantil”, asimismo puede ser amparada por el régimen de diferimiento. La absorbente no necesitaría ampliar capital por la parte de sus propias acciones adquiridas, las cuales podrían ser entregadas a los socios de la entidad absorbida.

De esta manera, en función de la hipótesis, la sociedad adquirente podría utilizar acciones viejas, para plasmar la atribución. Es decir la entrega puede consistir en acciones nuevas o en la entrega de acciones propias en autocartera sin que este presupuesto violente, en absoluto, la unidad negocial. Es decir la entrega de títulos viejos no sería un acto autónomo, que pudiese desagregarse del armazón contractual, sino una herramienta accesoria integrada en la estructura envolvente de la operación.

La corriente financiera consistente en la emisión de los títulos nuevos por parte de la sociedad fusionante, para integrar a los socios de la transmitente, no produciría diferencia alguna con sustantividad fiscal. Tampoco se generaría renta fiscal si se atiende a la atribución de valores con títulos viejos.

Por otra parte nuestro Derecho de sociedades no acepta que se reciban acciones o participaciones distintas de las de la sociedad adquirente, ni que dichos valores sean transmitidos a los socios de la transmitente por una entidad diferente de la adquirente. Así se desprende, adicionalmente, de la LIS. El esbozo de determinadas combinaciones, en todo caso, podría vislumbrarse mediante el encauzamiento de distintos negocios jurídicos a modo de *fases* de un proceso económico.

El Art. 97.1 LIS no contiene la exigencia de que la atribución a los socios sea efectuada con arreglo a un criterio proporcional, mientras que sí la incorpora el Art. 97.2 LIS para la escisión. La LSA escoge la misma opción definitoria.

Evidentemente la continuidad en el valor económico de los títulos detentados por los socios, a través de la regla de la proporcionalidad reflejada en la determinación de la relación de canje, resulta también imperativa para la fusión. De hecho se trata del eje cardinal que inspira toda la normativa procedimental, para plasmar la supervivencia de la empresa transmitida en sede del sujeto de derecho adquirente. Cabe mencionar que en los procesos de fusión no se contempla el derecho de separación de socios.

La mención expresa, de la norma fiscal y mercantil, en sede de la escisión, responde a la naturaleza intrínseca de este instrumento de disgregación patrimonial, que ha llevado a remachar el requisito, en relación con la cristalización de la atribución de valores en las denominadas escisiones “subjetivas”.

En caso de constancia de diferentes clases de acciones (privilegiadas, con o sin derecho a voto etc.), a nuestros efectos, lo que interesará será la continuidad en el valor económico con independencia de la materialización cualitativa.

La continuidad de las posiciones económicas teóricamente inhibirá la producción de desplazamientos patrimoniales entre unos y otros socios. Estimamos interesante, a tal efecto, extendernos brevemente acerca de la problemática inherente al tipo de canje como algoritmo que iluminará el mecanismo de atribución de valores a los socios de las sociedades transmitentes, en cuanto se trata del parámetro que marcará la continuidad en los derechos económicos repercutiendo sobre todos los accionistas de las entidades partícipes.

1.2.4.1 Breve referencia a ciertas cuestiones jurídico mercantiles interrelacionadas con la atribución de valores.

1.2.4.1.1 La ecuación de canje.

La relación de intercambio es la directriz que fijará el coeficiente de conversión de una acción o participación en el capital de la entidad absorbente por otra de la firma absorbida o de las sociedades disueltas. La obtención de su consenso será la verdadera encrucijada del proceso de negociación, pues, en definitiva, tasa el precio de la fusión y la mezcla patrimonial cristalizará obedeciendo sus coordenadas.

De acuerdo con el Art.235.b) LSA el proyecto de fusión indicará”: El tipo de canje de las acciones, que se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social, y la compensación complementaria en dinero que, en su caso, se prevea”.

La atención del ordenamiento mercantil al tipo de canje es constante. El proyecto (Art. 235 LSA) debe contener como mención inexcusable el tipo y el procedimiento de canje de las acciones.

En síntesis el mecanismo que asegura el respaldo patrimonial de la ecuación, radica, primero, en el informe que los administradores (Art. 237 LSA) deberán confeccionar justificando detalladamente el proyecto de fusión (con especial referencia al tipo y procedimiento de canje). A continuación en el informe de los expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil (Art. 236 LSA).

1.2.4.1.2 El valor real del patrimonio social como parámetro informativo de la ecuación de canje.

De acuerdo con el Art.235.b LSA el tipo de canje de las acciones “se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social”.

El precepto inserta un freno a la absoluta libertad de cristalización de la ecuación al incorporar un parámetro objetivo de referencia⁸³, lo que, en definitiva, configura nuestro ordenamiento como relativamente rígido en contraste con el Derecho comparado (donde suele omitirse un baremo de referencia explícito).

No obstante la valoración de empresas incorpora una intrínseca relatividad⁸⁴. Lo importante es que la valoración de las sociedades partícipes se efectúe con criterios uniformes.

Debe ser particularmente sólida la objetividad en los criterios seguidos por las sociedades partícipes respecto a la cuantificación de los respectivos fondos de comercio latentes⁸⁵, que no pueden operar como contrapeso residual justificativo de

⁸³ Vicent Chuliá F. (Las Operaciones..., OP. Cit. P.47) sintetiza las tres posiciones doctrinales existentes al respecto:

- a) La valoración y consiguiente fijación del tipo de canje es absolutamente objetiva.
- b) La valoración y el tipo de canje quedaría completamente al arbitrio de la autonomía de la voluntad.
- c) La fijación es objetiva pero en las fórmulas seleccionadas se han de incluir factores que se refieren a las expectativas de ganancias de la sociedad resultante (Esta es la posición defendida por el autor enunciado).

⁸⁴ Puede ser práctica habitual satisfacer una prima por encima de la cotización de la sociedad adquirida. Teóricamente se descuentan los beneficios futuros con motivo de las sinergias previstas. La prima sobre el valor de cotización de la sociedad adquirida sería pues componente del precio tasado por el mercado y representará el sacrificio económico experimentado por el comprador a cambio de una futura creación de valor.

⁸⁵ Merino Jara I. (“La operación societaria de fusión...”, op. Cit. , P.367) destaca que: “...el fondo de comercio “deberá quedar sólidamente justificado y no sólo en función de unas expectativas de fusión. sino de unos resultados manifiestos que avalen la solidez de

toda adquisición por encima del valor patrimonial contable⁸⁶.

El Art. 239 LSA destaca que para la confección del balance de fusión “podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor real que no aparezcan en los asientos contables”.

Dicho balance se erige en el teórico soporte documental para la determinación del tipo de canje⁸⁷. Su naturaleza extracontable⁸⁸ obviará la producción de indeseables consecuencias fiscales inmediatas, sorteando la usual imbricación entre fiscalidad y contabilidad que asume el planteamiento de la Ley 43/95, dado que la LSA permite, para su elaboración, plasmar actualizaciones de valor y reflejar el fondo de comercio.

La supresión de los incrementos de patrimonio por simple anotación contable, propios de la Ley 61/1978, implica la eliminación de una posible barrera para el reconocimiento de plusvalías mediante el registro de las actualizaciones. En cualquier caso la excepcionalidad de este balance (desconectado del resultado contable ordinario y por tanto del engarce lógico con el Art.10.3 LIS) debiera descartar, en todo caso, la figura.

En cualquier caso la correlación normativa entre balance de fusión y tipo de

la empresa su preeminencia”, pues si la valoración de dicho fondo no responde a estas características el balance se convertiría en una ficción y caería por tierra todo el sistema de valoraciones... “.

⁸⁶ En este contexto la Ley alemana de Modificaciones estructurales ha puesto de relieve la preocupación latente acerca de la posibilidad de que se inscriba en el activo un fondo de comercio (mediante un cálculo residual) sin resguardo patrimonial objetivo.

⁸⁷ Como pone de relieve la Resolución de la D.G.R.N. de 6 de junio de 1990: “...resulta claro, en efecto, que la expresión “actualización y corrección de valoraciones del balance”, de conformidad con el uso que ha cristalizado en la práctica habitual, incluye no sólo las operaciones relativas a la afloración del valor inherente a los elementos inmateriales no contabilizados y, especialmente, del fondo de comercio, hasta tal punto es así, que el propio legislador utiliza esa expresión para referirse al conjunto de todas las operaciones-incluida, como es natural, la afloración- que sean precisas para hallar el valor real”.

⁸⁸ El Art. 3 del Borrador sobre normas de contabilidad señala que “El balance de fusión es un documento informativo... La elaboración del balance de fusión no tendrá efectos en los registros contables... “.

canje es absolutamente imperfecta. El Art.235.b LSA erige en variable de referencia, para la sedimentación de la ecuación, la del “valor real del patrimonio social”, mientras que el Art.239 LSA sólo concede discrecionalidad para el reflejo, en el balance de fusión, de modificaciones importantes del valor real sobre el contable.

Un problema para la confección del balance de fusión estriba en el implícito reconocimiento de diferencias valorativas⁸⁹. Aunque estas valoraciones no tengan connotaciones tributarias inmediatas, indirectamente podrían brindar unos datos privilegiados a la Hacienda Pública⁹⁰.

Sin perjuicio de todo este planteamiento teórico en determinadas operaciones societarias (a menudo precisamente aquellas de mayor envergadura) los métodos simplemente señalarán ajustes patrimoniales indispensables, prescindiéndose de los hipotéticos desplazamientos ideales de renta que provocaría una valoración no certera.

Normalmente la fusión provocará una dilución del porcentaje de participación sobre el capital social ostentado por los socios, sin que se altere en cambio, en un plano ideal, el valor patrimonial global ostentado por cada uno.

Se requiere pues tácitamente el respeto al reseñado principio de equilibrio patrimonial. La Ley 76/1980, como resaltamos, incorporaba un planteamiento intervencionista para indagar acerca de la correcta cristalización de la ecuación.

En cualquier caso la ecuación reflejará el precio de la fusión como resultado de una libre decisión empresarial, sea o no acertada. El proceso de determinación

⁸⁹ Cualquier discordancia entre valores contables y reales implicaría una plusvalía o minusvalía fiscal potencial .

⁹⁰ Arnau Zoroa F. (“Régimen fiscal de las fusiones... op. Cit. P.199) comenta que “Las entidades contratantes pueden establecer un “valor convenido”, que manteniendo el tipo de canje, observe la proporción de plusvalías no contabilizadas en la transmitente y adquirente”.

de la variable, salvo contadas excepciones, debe interpretarse de forma elástica y libre de implicaciones fiscales. Las alteraciones relativas en las posiciones económicas deberán ser francas de gravamen.

En el proceso de determinación de la ecuación de canje puede ser preciso efectuar un trabajo de depuración de los respectivos netos patrimoniales de las entidades partícipes, con el objeto de facilitar el acoplamiento de los patrimonios que van a confundirse.

Esta tarea depuratoria se efectuará primordialmente a través de los oportunos asientos contables, cristalizándose, básicamente, recalificaciones contables⁹¹.

Los traspasos contables entre partidas, con carácter general, aunque entrase en juego la cuenta de pérdidas y ganancias, no debieran suponer la calificación de obtención de renta fiscal. El gasto fiscal gira en torno al reverso del flujo patrimonial negativo sin cuya constatación, en principio, no sería apreciable. En cualquier caso podríamos encontrarnos ante gastos (o ingresos) fiscales en atención a circunstancias que rodearon el nacimiento de la partida condicionando así su calificación ulterior⁹².

Asimismo, como el Impuesto sobre Beneficios es un gasto contable, que incide sobre la oportuna medición del neto patrimonial de cada entidad, sería idealmente deseable que las estructuras de las respectivas declaraciones-liquidaciones de las sociedades partícipes obedeciesen a criterios de economía de opción uniformes dentro del relativo juego que posibilita el Art. 10.3 LIS⁹³.

⁹¹ Por ejemplo el activo ficticio, como regla general, debería ser eliminado e imputado como gasto a resultados. Sin embargo el presupuesto de la continuidad empresarial puede aconsejar obviar la eliminación de los "gastos de establecimiento".

⁹² A menudo los ingresos y gastos contables de esta índole (con o sin incidencia fiscal) serían objeto de registro en la cuenta denominada "Resultados de fusión".

⁹³ La consulta DGT de 11 de marzo de 1985, en relación con la amortización con cargo a pérdidas y ganancias de una partida que lucía

1.2.4.2 Breve Alusión a la “Prima de fusión”.

El valor patrimonial real del conjunto aportado, habitualmente, será muy superior al capital nominal aumentado por la sociedad absorbente o fijado para la de nueva constitución. A tal efecto la diferencia entre el neto patrimonial (en términos de magnitudes contables y no reales) aportado a la firma absorbente y la cifra nominal del capital social aumentado por ésta (en el ejemplo más gráfico) sería la “prima de fusión”.

Esta magnitud, sita en nuestro Derecho positivo en una zona de penumbra, se halla justificada por la necesidad de no diluir o aguar el valor patrimonial que representan las acciones de las que son titulares los socios de la entidad absorbente, en cuyo seno a su vez normalmente el patrimonio social será superior al capital nominal prefijado.

Debemos hacer hincapié en el principio de libre configuración, para la sociedad adquirente, de la estructura de su capital social en los procesos de fusión y escisión siempre y cuando integre a los socios de la entidad transmitente y respete las oportunas exigencias legales (como el capital mínimo).

La sociedad adquirente contabilizará la agregación patrimonial resultante del traspaso y deberá registrar la contrapartida a la recepción del conjunto patrimonial mediante la emisión de acciones (capital nominal), cuadrando el asiento con la rúbrica de la prima de fusión, que se erige pues en magnitud residual.

en el activo (“Diferencias de cambio pendientes de amortizar”) para la correcta fijación de la ecuación de canje, entendió que (de acuerdo con el principio de equilibrio patrimonial consagrado en la Ley 76/1980) la amortización contable total de la partida en la absorbente “a efectos de calcular la relación de canje, y de forma parcial a efectos tributarios, sólo en la parte correspondiente al ejercicio periodificando las diferencias restantes en ejercicios sucesivos, no respeta de una forma adecuada el principio enunciado. La sociedad absorbente debía amortizar, en su integridad, tanto desde el punto de vista contable, como fiscal, las diferencias de cambio enunciadas, sin efectuar ajuste extracontable alguno.

La prima actuará, a su vez, como broche de garantía del equilibrio patrimonial. El patrón cardinal consiste en que cada socio que vaya a integrarse en el círculo societario (así como los preexistentes de la entidad absorbente) mantenga incólume el valor económico de su alícuota patrimonial.

La plusvalía fiscal se generaría, en su caso, con anterioridad, en sede de la sociedad transmitente. En un hito ulterior la recepción en sede de la adquirente de un neto patrimonial superior al capital nominal emitido carecería de efecto fiscal directo.

Se califica la diferencia como una prima de emisión (así la nomina el TR ITPAJD) o “de fusión”. Cabe subrayar, no obstante, que la prima de fusión no se instrumenta, como la prima de emisión, mediante una aportación suplementaria que tiene que efectuar el accionista a la sociedad, como contrapartida del correlativo derecho sobre las reservas remansadas en balance para mantener la paridad en los derechos económicos de los antiguos y nuevos socios.

En la prima de fusión la inferior elevación del capital social, en relación con el patrimonio contable objeto de recepción, será el mecanismo de equilibrio. No se producirá una prima suplementaria sino que ésta cristalizará implícitamente en atención a la medición de las masas patrimoniales que se confunden. Asimismo la prima de fusión gravita en torno al traspaso contable a practicar por la sociedad adquirente. En cambio la prima de emisión no tiene un carácter residual, en tanto atiende al valor real patrimonial.

De acuerdo con el Art.236.4 LSA los expertos independientes deberán manifestar “si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la sociedad absorbente, según los casos”.

No se explicita si la mención alude al patrimonio contable o al real. Desde la óptica contable, como reconoce el Borrador del ICAC, el parámetro verdaderamente significativo, para la efectividad de la aportación, es el valor real de los patrimonios. El valor nominal del capital emitido no podría exceder, en ningún caso, de la suma de los patrimonios reales de fusión de las sociedades extinguidas.

De esta forma, teóricamente, podría cristalizar una diferencia negativa de fusión, magnitud definida estrictamente en torno a los parámetros contables, siempre que el valor real de la unidad económica adquirida preste cobertura material al capital aumentado, aunque no lo hiciese el valor patrimonial contable. En cualquier caso cabría revalorizar activos (circunstancia sin repercusión tributaria inmediata)⁹⁴.

En cualquier caso el hecho de que se absorbiese una sociedad aumentándose, a tal efecto, un capital nominal por un importe superior al valor del patrimonio recepcionado, que se dedujese del balance de la entidad adquirida, implicaría teóricamente el reconocimiento de plusvalías latentes sobre la información contable. Una divergencia entre el patrimonio contable y el real de fusión ⁹⁵ con potencial incidencia tributaria.

⁹⁴ De conformidad con el Art. 9 (Art. 16 para la escisión) del Borrador contable la partida “prima de emisión” sólo podrá tener saldo acreedor. Cuando por aplicación... la prima de emisión hubiera tenido saldo deudor, se reducirán por el importe de dicho saldo las reservas disponibles y si las mismas no fueran suficientes, por el exceso se hará lucir en los fondos propios una partida con signo negativo con la denominación diferencia negativa de fusión.”Esta partida deberá recibir el mismo tratamiento que el previsto para las pérdidas de ejercicios anteriores”.

⁹⁵ El Art.2 del Borrador de criterios contables sobre fusiones y escisiones entiende por patrimonio real el valor de un patrimonio utilizado para establecer la relación de canje y por patrimonio contable el valor de un patrimonio calculado en base a los valores contables de los activos y pasivos que lo integran.

1.3 Calificación como “fusión fiscal” de determinadas operaciones.

1.3.1 La Venta-fusión. El problema de la unidad negocial.

Podríamos definir la denominada venta-fusión⁹⁶ como un *procedimiento* que se bifurca en las siguientes fases: 1) Transmisión global del patrimonio de una sociedad a otra, 2) Aumento del capital social de la adquirente y pago a la cedente con acciones propias de la cesionaria, y 3) Disolución y liquidación de la sociedad cedente, entregando a sus socios las acciones recibidas en concepto de cuota de liquidación, con lo que pasan a constituirse en socios de la compañía adquirente.

Podríamos plantearnos si la referida “venta fusión” encajaría en la definición del Art. 97 LIS. A tal efecto constatamos que, en realidad, los efectos (estáticamente contemplados) son idénticos a los de la fusión, pero se desgajan las etapas, que adquieren autonomía jurídica.

Ahora bien ya mencionamos que la opción definitoria tributaria, enumerativa de rasgos conceptuales, no dispensa que el negocio tipificado encierre una autonomía sistemática.

De hecho, como es sabido, el Art. 97.1 LIS solicita (“... como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación”) un nexo técnico-jurídico, una ligazón de causa-efecto entre la disolución y la transmisión, esto es un formato contractual unitario.

Así pues consideramos que no cabría subsumir esta figura en el Art. 97 LIS. La fusión “fiscal” debe corresponderse con una elección contractual única y no provenir de una superposición de operaciones. En otro caso cada acto con relevancia fiscal independiente sufriría su propia calificación.

⁹⁶ Madrid Parra A.(En la obra colectiva: Derecho Mercantil, coordinador: Jiménez Sánchez G.J., Editorial Ariel, Barcelona 1990, P.445) sintetiza que la venta-fusión podría calificarse como “procedimiento de fusión alternativa”.

En esta línea es un rasgo consustancial a la fusión y escisión el comprimir ,en un cauce contractual unitario, diferentes actos sociales (aportación, disolución etc) en cuyo marco singular resultan condicionados los ordinarios efectos jurídicos asociados a cada uno de ellos, así como la correlativa calificación fiscal.

Además, en la venta-fusión, los socios se integran en la sociedad adquirente merced a la realización de su cuota de liquidación mientras que la LIS exige que la transmisión se incardine en el marco de un proceso de disolución sin liquidación.

Debemos añadir que el legislador fiscal parte del pilar que le proporciona el desarrollo normativo de la fusión, que configura un procedimiento reglado imperativo. Evidentemente pueden diferir, según la canalización jurídica, las garantías otorgadas a acreedores y socios. Resulta técnicamente deseable, desde el punto de vista tributario, dadas las ramificaciones interpretativas de la materia, que se encuentren coordinados estos parámetros jurídico privados.

M.A. Caamaño Anido⁹⁷ destaca que el Art.97 LIS exige tanto una concatenación directa entre la disolución y la transmisión como una simultaneidad temporal: “ni siquiera en el supuesto de que las distintas operaciones que, sucediéndose temporalmente, terminen por convertirse en una fusión de empresas, se las haya rodeado de las garantías de publicidad y oposición que exige la legislación mercantil en sentido propio... podrán beneficiarse del régimen fiscal especial reservado a los procesos de fusión en sentido estricto... a nuestro juicio sólo en los casos de los actos de fusión materializados en el marco del concepto legal de fusión... podrán acogerse al régimen de diferimiento del gravamen”.

En principio la fusión “fiscal”, en todo caso, debe desenvolverse en el específico procedimiento contemplado en los artículos 233 a 251 LSA. En un

⁹⁷ Estudios sobre el Impuesto de sociedades..., Op.Cit. P.334 y 335.

segundo plano, con expreso apoyo en lo dispuesto por la LIS, existirán unas puntuales excepciones a lo anterior (disolución con cesión global del activo y pasivo o fusiones efectuadas por entes diferentes de sociedades mercantiles) las cuales requerirán el consiguiente trabajo de interpretación, para que su recepción en el régimen sea técnicamente coherente.

En definitiva la fusión se caracteriza por una transmisión en bloque efectuada por una sociedad que necesariamente se disuelve a otra que adquiere su patrimonio e integra a los socios de la entidad disuelta. Todas estas piezas entendidas como engranajes de un negocio unitario, sin que quepa la asimilación de operaciones “equivalentes” de transmisiones de patrimonios empresariales.

1.3.2 La cesión global del activo y del pasivo al socio único. Ligazón con la operación de fusión de sociedad íntegramente participada.

La cesión global del activo y pasivo a favor del único socio, en principio, puede encontrar acogida en el difuso elenco de operaciones de “modificación estructural”, sin perjuicio de que actualmente ello genere implicaciones puramente teóricas, dado que incorpora un manifiesto paralelismo estructural con la “fusión impropia”.

En cualquier caso el tratamiento de esta operación despierta una especial polémica. La misma se halla carente de regulación sistemática, siendo objeto de fragmentada mención en los Artículos 266 LSA y 117 LSRL. Existe un llamativo silencio en torno a sus efectos jurídicos, potencialmente muy originales. Esta laguna se ha venido supliendo por vía doctrinal y mediante resoluciones de la

DGRN.

En cualquier caso, a nuestros efectos, constituye un criterio consolidado que en una operación de disolución de una sociedad con cesión global de su activo y pasivo a favor de su único accionista, se manifiestan los requisitos del Art. 97.1.C LIS. Es decir dicha operación, en principio, puede calificarse como “fusión fiscal”⁹⁸.

Debemos hallarnos ante una disolución con aportación a la sociedad titular de la totalidad del capital social. En modo alguno bastaría que ésta tuviese una participación significativa (o incluso el 99,99% del capital) sobre la que se disuelve⁹⁹, situación común para obviar la situación de unipersonalidad. En semejante supuesto para que la sociedad titular de la participación mayoritaria adquiriese la totalidad del patrimonio debería satisfacer un precio a los socios minoritarios.

La sociedad adquirente del patrimonio no debe entregar nada como contrapartida. En este sentido de resultados de la cesión global la sociedad cesionaria no podría entregar acciones o participaciones propias a cambio del patrimonio cedido. En otro caso la operación “fiscal” debiera desenvolverse en el estricto procedimiento reglado para la “fusión mercantil strictu sensu”.

Esta modalidad de cesión global se halla enlazada con el supuesto de absorción de sociedad íntegramente participada (Art. 250 LSA). En esta línea, conforme al Art.266 LSA, en los supuestos de cesión global del activo y pasivo tampoco se abrirá el período de liquidación, constatación que, a nuestros efectos, permite que los contornos de la operación se plieguen a lo previsto por el Art. 97.1.c) LIS.

⁹⁸ Sin embargo Noval Pato J. (La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital, Cuadernos mercantiles, Editoriales De Derecho reunidas, Madrid 2003, P. 249 y 250 entre otras) advierte dudas respecto a la posibilidad de que el Art. 97 LIS sea aplicable a dicha cesión global de activo y pasivo.

⁹⁹ La consulta DGT de 21-01-1997 (0074-97) no admitió como fusión, a estos efectos, la disolución con aportación, sin proceso liquidatorio, de una sociedad a favor de la sociedad accionista titular del 98,49 por 100 de los valores representativos de su capital social.

Es decir la redacción de este último precepto, en correlación con el Art. 266 LSA, permite englobar el supuesto comentado, sin necesidad de recurrir para ello a la analogía o a una interpretación espiritualista de la norma.

En cualquier caso cabe pensar que la renta fiscal que, en su caso, puede inhibirse es la computable de acuerdo con los artículos 15.2.c) LIS para la entidad transmitente y 15.6 LIS para el socio (referentes a la medición de la plusvalía en caso de disolución de entidades).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina considera a esta cesión global como una hipótesis de liquidación abreviada, alternativa al procedimiento liquidatorio típico. El problema no está nítidamente resuelto, dada la endeble malla de cobertura que proporciona la legislación mercantil¹⁰⁰.

La Propuesta de Código de Sociedades mercantiles de mayo de 2002 concibe que la cesión global puede inscribirse dentro o fuera de un proceso liquidatorio. A tal efecto se remite a las normas reguladoras de la fusión y escisión, para las cesiones efectuadas por una sociedad que no se halle en liquidación. Adicionalmente la cesión global sin liquidación sólo puede llevarse a cabo a favor de un único cesionario, que debe ser una sociedad. Aparentemente el esquema sincroniza con la construcción fiscal y puede contribuir a clarificarla.

A tal efecto prevé que, para las sociedades anónimas, estas operaciones se deben sujetar a los requisitos del régimen de la fusión y sólo cuando la cesión global persiga una finalidad liquidatoria (con la dificultad de determinar ello) cabe eximirla de éstos. En la formulación de esta tesis subyace la noción de que, en

¹⁰⁰ Un sector doctrinal (refrendado por la resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2002) estima que no puede ser extrapolada la regulación del Art. 117 LSRL a la sede de las sociedades anónimas, con lo que para éstas la cesión global de activos y pasivos no puede utilizarse con finalidad distinta de la estrictamente liquidatoria. A su vez el Art. 117 LSRL, aparente sede normativa escogida por el legislador para regular la figura, dista de haber conseguido clarificar la temática.

realidad, las referidas cesiones globales no son sino “fusiones disfrazadas”¹⁰¹.

A nuestros efectos, sin adentrarnos en semejantes disquisiciones, entendemos, desde una óptica finalista, que el legislador tributario al requerir la “disolución sin liquidación” sólo tomaba en consideración los parámetros jurídico privados formales, y en particular atendía al eje nuclear de la debida continuidad empresarial, en coherencia con el Art. 266 LSA, articulando un concepto que, potencialmente, albergase tanto a la “fusión mercantil” como a esta modalidad de “cesión global”.

Así pues lo que persigue la LIS, tipificando el requisito de “disolución sin liquidación”, consiste en asegurar la inexistencia de reparto social y, muy en concreto, que las relaciones jurídicas preexistentes con terceros sean asumidas por la entidad cesionaria, requisitos que garantizarían la básica continuidad empresarial, desde la óptica tributaria. Cabe tener en cuenta la propia configuración estructural de la operación, con la consiguiente coincidencia entre el socio único y la sociedad cedente.

No obstante cabe resaltar la concordancia de los efectos prácticos de la operación con los propios de la liquidación, dado que el patrimonio de la sociedad disuelta se transmite íntegramente al accionista único. La consecuencia es que puede cobrar relevancia el Art.110.2 LIS, con el consiguiente análisis de los motivos que impulsan la operación, cabe entender a través de un expediente de fraude de ley.

En síntesis el Derecho Privado brinda dos canales jurídicos para la adquisición de una sociedad íntegramente participada: la fusión por absorción y la disolución

¹⁰¹ Para Fernández del Pozo L. (Las Operaciones..., Op.Cit. P.309) la referida cesión global, desde una perspectiva mercantil, no es sino una “verdadera y auténtica fusión” una vez que la integración de los socios en la “cesionaria” no parece ser condición esencial a la fusión”.

con adjudicación al socio único¹⁰². En principio la protección fiscal indistinta de estos conductos negociales apuntalará, en un plano teórico, el principio de neutralidad.

A tal efecto la identidad económica ha conducido a un estrecho engarce jurídico entre ambos cauces, hasta el punto de que se han extendido, a través de resoluciones de la DGRN y el Art. 117 LSRL, las garantías propias del desarrollo estructural de la fusión a esta operación de cesión global del activo y del pasivo.

Es decir no es que la observancia de las solemnidades asociadas al desarrollo normativo de la fusión, y dirigidas a la tutela de los intereses de acreedores sociales y socios, sean imperativas, sino que su respeto es el presupuesto que brindará cobertura para aceptar la eficacia liberatoria en la transmisión de pasivos¹⁰³.

A su vez esta premisa es la que armoniza el estatuto jurídico privado de ambas operaciones, y, adicionalmente, resuelve problemas técnicos que podrían comunicarse, en virtud del juego de los heterogéneos Derechos supletorios asociados a cada cauce, a la construcción del régimen fiscal.

El trasfondo del proceso de homogeneización jurídico-mercantil, dirigida a la tutela de los intereses implicados, cercenará la mayoría de los enunciados problemas.

El engarce estructural entre tales cauces redundará, asimismo, en una correlativa “uniformidad” entre los respectivos esquemas de imposición, determinantes del “régimen genérico”, enlazados a cada molde contractual, lo cual

¹⁰² El Art. 24 de la tercera Directiva (supuesto de absorción de una sociedad por otra que posea el 90 por 100 o más de las acciones de la primera) resalta que los Estados miembros regularán “... para las sociedades sometidas a su legislación, la operación por la que una o varias sociedades se disolverán sin liquidación y transferirán la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad que fuera titular de todas sus acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la Junta general”.

¹⁰³ En nuestro Derecho la regla general es que la sustitución del deudor en una relación jurídica requiere el consentimiento individual del acreedor. La fusión, si bien salva este requisito (sucesión a título universal), inserta filtros garantistas asociados a su formato estructural.

A tal efecto se ha venido interpretando (Res. DGRN de 22 de junio de 1988 y de 21 de noviembre de 1989) que era preciso aplicar por analogía a la cesión global del activo y del pasivo los mecanismos de tutela diseñados para la fusión (publicidad y derecho de oposición de acreedores sociales).

facilitará su agrupación sistemática dentro de un tejido normativo que persigue suspender la virtualidad de los mismos.

El Art.117 LSRL, con las salvedades referidas, es la sede que ha aprovechado el legislador para disciplinar, relativamente, el estatuto jurídico de la cesión global de activo y pasivo a favor de uno o varios socios o terceros, en cuyo más amplio ámbito cabe subsumir la operación analizada. Este precepto resalta las condiciones en que los acreedores de la entidad cedente y cesionaria podrán oponerse a la cesión “en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión”.

1.3.2.1 Divergencias entre el concepto fiscal y el mercantil de “fusión” en relación con el Art. 97.1.c) LIS.

Los rasgos estructurales tipificados en el Art.97.1.C) LIS pueden ser predicados de la operación comentada, sin que del análisis de sus características divergentes respecto del concepto mercantil de fusión, bajo una interpretación sistemática y teleológica, se derive motivo alguno para descartarla del perímetro del diferimiento.

La norma fiscal, conforme a su estilo caracterizador, no estratifica el negocio traslativo preciso para culminar los efectos jurídicos correspondientes.

Asimismo la definición del Art. 97.1.c) LIS no incide, expresa o tácitamente, sobre ninguna de las características que separan la referida cesión global de la fusión mercantil, como podrían ser la no extinción de la sociedad cedente, como

consecuencia anudada automáticamente a la operación, o la inexistencia de un procedimiento complejo perfectamente tipificado.

El acuerdo de cesión puede ser simultáneo o posterior al de disolución, pero debe existir una concatenación lógica e inmediata entre la disolución y la cesión patrimonial, ambas piezas enmarcadas en una operación jurídica única, con independencia de que exista un acuerdo autónomo de cesión.

Por otra parte la sociedad cedente no se extingue como consecuencia de la operación, sino, en su caso, en función de una de las causas señaladas en el Art. 260 TRLSA. Podríamos cuestionarnos si, a nuestros efectos, la estructuración de la cesión global requiere su efectiva extinción, en virtud de una interpretación fundamentada en su remachada asimilación a la fusión “mercantil”, con el consiguiente juego del Derecho supletorio de ésta, que tácitamente debe completar la definitoria vertida en la LIS.

Además sólo la extinción de la personalidad jurídica acarrea la desaparición de la cualidad de la sujeción pasiva al IS. La extinción de la sociedad cedente provocaría la conclusión del período impositivo, conforme al Art. 24.2.a) LIS, y el consiguiente devengo del IS el último día de dicho período, de acuerdo con el Art. 25 LIS, en coherencia con la situación de una sociedad fusionada.

En nuestra opinión la sincronización técnica, desde el prisma fiscal, en el sentido destacado, que la circunstancia de la desaparición de la personalidad jurídica del ente transmitente ocasiona, así como el paralelismo estructural con la regulación de la “fusión”, que cimienta la construcción normativa, apoyan la necesidad de extinción jurídica de la sociedad cedente.

De hecho puede concebirse que disolución, liquidación y extinción representan fases de un ciclo lógico unitario cuya presencia, en los términos conocidos, es precisa en el desarrollo procedimental de la “fusión fiscal”, haciendo

abstracción de la polémica adicional latente en el Derecho Común en torno a si la generación de sucesión universal precisaría la extinción de la entidad cedente.

En caso contrario la operación tampoco encontraría subsunción en el Art.97.3 LIS (regulador de la aportación no dineraria de rama), el cual demanda la “no disolución” de la sociedad transmitente.

Por su parte, según el Art. 117.4 LSRL, la eficacia de la cesión global, “quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad”.

Precisamente, a nuestros estrictos efectos, esta exigencia, encaja bien con la solicitud del Art. 97 LIS de que el proceso se enmarque en un cauce jurídico unitario, del cual la disolución, la cesión y la extinción serían piezas.

De otro lado no resulta claro si esta operación apareja el efecto de sucesión universal. La mayoría de la doctrina mercantilista así lo admite. A nuestros efectos, en cuanto trascienda, (por ejemplo en relación con el Art. 104 LIS) la operación determina el traspaso en bloque del patrimonio a favor de la sociedad adquirente, la cual se subrogará en la totalidad de derechos y obligaciones de aquélla. Esta conclusión dimana de la premisa de asimilación a la fusión que debe inspirar la interpretación.

El rasgo definatorio central de la cesión global es la transmisión patrimonial, pieza a la que se anuda la incidencia tributaria, desde el ángulo de la imposición sobre la renta, que persigue bloquear el régimen. En cualquier caso el presupuesto de la equiparación a la “fusión fiscal” resultará extensivo a los restantes tributos implicados, con los consiguientes problemas interpretativos.

II. ESCISION.

La escisión es un negocio jurídico de reciente tipificación normativa, y cuya cristalización como institución es todavía incipiente¹⁰⁴. En nuestro país, fue una norma tributaria (la Ley 76/1980) la que primero contempló la figura, que no se incorporó a una norma sustantiva hasta la LSA de 1989. En la práctica se inscribían en los Registros de la Propiedad operaciones que respondían a su formato estructural, sin perjuicio de su atipicidad.

La exigencia práctica de la reestructuración, necesitada de un margen de flexibilidad en el diseño patrimonial, ha conducido finalmente al Derecho Mercantil a autonomizar la operación, dotada de una generosa funcionalidad a tal efecto, desgajándola del molde de la fusión *strictu sensu* en atención a presupuestos estrictamente técnico-jurídicos¹⁰⁵.

Esta operación resulta, en realidad, muy similar a la fusión en cuanto instrumento polivalente de ingeniería societaria, paralelismo que se reflejará en la uniformidad de su tratamiento mercantil y fiscal.

Las dos operaciones encauzan transmisiones en bloque de conjuntos patrimoniales, con integración de los socios de la entidad cedente en la cesionaria, radicando la diferencia en que, a través de la escisión, se transmiten unidades económicas, segregándose pues el patrimonio de la entidad escindida, mientras que en la fusión se transmite la totalidad del patrimonio social de una persona jurídica a

¹⁰⁴Fue la Ley general francesa de sociedades de 1966 la que introdujo una primera tipificación sustantiva de la categoría por impulso de las necesidades prácticas de la reestructuración de empresas. Cabe destacar que un sector de la doctrina francesa únicamente considera a las totales como verdaderas escisiones, si bien se acepta que las escisiones parciales podrían acogerse al tratamiento jurídico especial. Por ejemplo en el Derecho societario Norteamericano la escisión carece de reconocimiento en la legislación escrita y es una creación tributaria.

¹⁰⁵ En el informe de 6 de noviembre de 1972 del Parlamento Europeo se resaltaba (en relación con la Directiva sobre fusiones) que “es legítimo prever la aplicación de la directiva a operaciones que no constituyen, propiamente hablando, una fusión pero que responden a criterios jurídica y económicamente similares”.

otra. Ambos negocios jurídicos comparten la característica de que no es la sociedad cedente, sino sus socios, quienes reciben la prestación de la cesionaria.

En cualquier caso este negocio jurídico detenta factores intrínsecos que lo revisten, incluso, de superior complejidad en su problemática. En la escisión, como hemos subrayado, necesariamente resulta fragmentado el patrimonio de la entidad cedente, con lo que surge la necesidad, a determinados efectos, de delimitar racionalmente las unidades patrimoniales transmitidas.

La escisión, en el marco de la moderna sociedad pluriempresarial puede otorgar autonomía jurídica a determinadas divisiones empresariales. Asimismo puede canalizar una operación de adquisición de empresas, lo que delata la falsedad de la concepción que asimila necesariamente la fusión y escisión, respectivamente, a los fenómenos de concentración y segregación empresarial.

2.1 Concepto fiscal.

Las operaciones de fusión y escisión están estrechamente emparentadas en su regulación mercantil. De conformidad con el Art.254 LSA “La escisión se registrará, con las salvedades contenidas en los artículos siguientes, por las normas establecidas para la fusión en la presente Ley...”. A nuestros efectos resultan, por consiguiente, básicamente trasladables a estas reflexiones vertidas en torno a los rasgos estructurales de la fusión.

El Art. 97.2 LIS reordena sistemáticamente las definiciones de escisión total y parcial esbozadas en el Art. 252.1 LSA. El legislador tributario recurre a una construcción dogmática diferente de la seleccionada para caracterizar la fusión, en cuya sede cristalizó la clasificación concerniente a la fusión por absorción o por

constitución de nueva sociedad.

El Art. 97.2 no atiende a esta línea divisoria, a pesar de que, tanto para la escisión parcial como para la total, resultaría posible distinguir¹⁰⁶, desde el punto de vista de la sociedad beneficiaria, una escisión por constitución de nueva sociedad, una escisión en que el patrimonio escindido es objeto de “absorción” por una o varias entidades jurídicamente preexistentes e incluso una escisión mixta.

En cualquier caso la expuesta es la clasificación en que, asimismo, se apoya la LSA, la cual se asocia implícitamente a la entidad transmitente (en cuyo seno pueden devengarse las rentas fiscales) y es la significativa.

2.1.1 Comentarios acerca de hipótesis particulares de escisión. La cesión global del activo y del pasivo a favor de varios socios y la escisión total.

En aquellas operaciones en las cuales, tras el trasfondo formal de la transmisión, late una identidad en las posiciones subjetivas, el análisis del propósito elusivo reviste una especial sutileza. Nos estamos refiriendo a supuestos como los de escisión de sociedad íntegramente participada o escisión entre sociedades “gemelas” (con los mismos socios y la misma proporción de éstos sobre el capital).

En dichas hipótesis, con motivo del substrato patrimonial, huelga el aumento de capital por parte de la entidad adquirente. Desde otro plano la no existencia de canje de títulos podría generar, sin que dicho rasgo sea óbice para el disfrute del régimen especial, determinadas consecuencias tributarias, según matizaremos en su

¹⁰⁶ De hecho la Sexta Directiva, de 17 de diciembre de 1982, se estructura en torno a la clasificación entre escisión por absorción y por constitución.

momento¹⁰⁷.

Asimismo la escisión total de una sociedad a favor de las entidades titulares de la totalidad de su capital social o la escisión parcial de una sociedad a favor de su matriz pueden hallarse tuteladas por el régimen especial en la medida que la norma mercantil lo habilite (aun cuando a los socios de la entidad escindida no se les atribuyan valores representativos del capital de las entidades adquirentes).

En este contexto cabe subrayar la identidad material entre la cesión global a favor de varios socios y la escisión total. Sin embargo el firme criterio administrativo¹⁰⁸ es el de no extender el régimen fiscal neutral propio de la escisión total a la cesión global a favor de varios socios, licencia sí permitida, en el sentido conocido, para la cesión global a favor del único socio al asimilarla a la “fusión impropia”, a efectos fiscales.

De hecho en la referida cesión global del activo y pasivo, en proporción a las participaciones de cada socio, no existiría tampoco liquidación conforme al Art.266 LSA, ni debería satisfacerse “precio” alguno.

Lo que ocurre es que la equiparación de la cesión global a favor del único socio con la “fusión fiscal” cuenta con un basamento jurídico mercantil que ha armonizado la fusión “mercantil” y dicha cesión global.

La teórica articulación de un nexo aislado, concretado en la inserción de la referida fórmula negocial en el cauce de la escisión “fiscal”, conllevaría teóricamente las consiguientes distorsiones, con motivo de la asimetría en el derecho supletorio susceptible de proyección engarzado a la escisión y a la

¹⁰⁷ En un caso de escisión por absorción entre sociedades “gemelas” (con los mismos socios y proporciones) en que no hubo aumento de capital, la consulta de la Diputación foral de Vizcaya de 15-4-1999 interpretó que, como el canje implica la sustitución de títulos, en este caso se perdía la antigüedad de las acciones a efectos fiscales.

¹⁰⁸ Por ejemplo la consulta DGT de 19/01/2001 (nº 0094-01) reitera que una operación de disolución sin liquidación a favor de una pluralidad de accionistas no podría merecer la acogida al régimen especial.

disolución, problemas que en esta hipótesis no resultan expeditos.

Ahora bien la coherencia técnica de este criterio parece bastante dudosa. Debemos recordar que la calificación como “fusión fiscal” de la cesión global a favor del socio único no responde al resultado de una interpretación elástica que haya estirado, bajo un prisma sistemático o finalista, los naturales contornos del Art.97.1.c), sino al natural entendimiento de dicho precepto, conforme a las armoniosas reglas de interpretación.

A su vez la autonomía sistemática que la LIS otorga a la fusión “impropia”, a través de cuyo pórtico accede la cesión global expuesta al régimen, tampoco puede erigirse en un argumento denegatorio, dado que la cesión global a favor de más de un socio podría ser asimilada a una operación de escisión total “tributaria”, interpretando de una forma flexible, pero en absoluto forzada, el Art. 97.2.a) LIS.

En todo caso, de acuerdo con lo reseñado para la fusión, la hipotética equiparación a la “escisión total” requeriría la efectiva extinción de la sociedad cedente y, en ningún caso, podría mediar precio como contravalor de la cesión.

En realidad detectamos el verdadero escollo si recurrimos a una interpretación finalista, pues en este caso, de hecho, resulta más dudosa la veracidad de la continuidad empresarial. La no existencia de unipersonalidad en la entidad cedente aproxima el substrato económico del supuesto a aquel consistente en un reparto del haber social entre los socios. Sin embargo esta premisa, que descansa en argumentos económicos, no puede ser autosuficiente para apoyar la solución transcrita.

2.2 La Escisión Total. Introducción a la posible problemática derivada de la composición patrimonial de las porciones transmitidas.

De acuerdo con el Art.97.2.a) LIS se entiende por escisión total la operación por la cual “ Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y las transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento 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 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”.

Concretamente, aunque el concepto fiscal no lo explicita, se requiere la extinción jurídica de la sociedad escindida en coherencia con lo previsto por el Art. 252.1.a) LSA. Asimismo resultan extrapolables las reflexiones vertidas, para la fusión, en torno a la necesaria concatenación entre la disolución sin liquidación y la transmisión patrimonial.

Hemos anticipado que un problema de esta operación puede estribar en la racionalidad de la delimitación de las porciones patrimoniales transferidas, sitas, antes de la operación, en la universalidad que representaba el patrimonio social de la entidad escindida.

A tal efecto, para la escisión parcial, el requisito de que lo transmitido, en todo caso, componga una rama de actividad atenúa dicha problemática. Ahora bien el Art.97.2 LIS no incorpora semejante solicitud para la escisión total. El precepto sólo alude a que se transmitan “partes de la totalidad del patrimonio social” de la entidad escindida. Por su parte la norma mercantil tampoco solicita la

transferencia de una “unidad económica”¹⁰⁹. Para esta operación existe pues teóricamente una considerable libertad en la distribución de activos y pasivos¹¹⁰.

Esta circunstancia podría inducir a instrumentar la transmisión mediante el conducto de la escisión total para acceder al disfrute del régimen tributario, por ejemplo en el marco de sociedades patrimoniales o que ejerzan una única actividad empresarial difícil de discriminar en varias ramas.

En cualquier caso cabe considerar que una mínima exigencia de racionalidad en la composición patrimonial debe proyectarse sobre la escisión total, al menos en su vertiente negativa. De esta forma se precisaría que las porciones escindidas, representativas de activos y pasivos, conjuntaran un “sistema”, o al menos no existiese una *incoherencia patrimonial* en la ligazón entre los elementos con, a nuestros efectos, motivación tributaria.

Aludiremos, a lo largo de nuestra exposición, a la problemática someramente entreabierta en este apartado, fundamentalmente al afrontar el análisis del concepto de rama de actividad.

2.3 Escisión Parcial.

Según el Art. 97.2.1.b LIS se entiende por escisión parcial la operación mediante la cual “Una sociedad 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, recibiendo a cambio valores representativos del

¹⁰⁹ Según el Art. 252.1.a) LSA se entiende por escisión total “La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente”.

¹¹⁰ El Art. 255.1.a) LSA indica que el proyecto de escisión deberá determinar “la designación y el reparto precisos de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias”.

capital social de estas últimas, que deberán atribuir 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 no superior al 10% del valor de los títulos atribuidos.”

Por su parte el Art.252.1.b) LSA define la escisión parcial como”: La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes”.

Es decir una o varias divisiones empresariales, cualificadas en los términos que se explicitará, son transmitidas por la sociedad escindida que conserva su personalidad jurídica, aunque experimente una amputación patrimonial.

La norma se adapta a las coordenadas modernas, independizando la escisión parcial de la “aportación no dineraria”. El eje diferenciador descansa en que la escisión precisa la intervención orgánica de los socios de la entidad escindida. Como consecuencia de ello se genera una reducción patrimonial en dicha entidad, pues son sus socios los que perciben la contraprestación de la beneficiaria.

2.3.1 La reducción de capital en la entidad escindida y el aumento en la beneficiaria.

El desarrollo de la escisión, con carácter general, conllevará una reducción de capital en la sociedad escindida (en el caso de escisión parcial) y un correlativo aumento en la beneficiaria¹¹¹.

¹¹¹ Según el Art.252.2 LSA”: Las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la sociedad que se escinde, los cuales recibirán un número de aquellas proporcional a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria”.

La entidad escindida no deberá, necesariamente, mantener la proporción preexistente entre su capital nominal y patrimonio social, la cual puede verse alterada a través de esta reducción patrimonial. Dicha relación se definirá conforme a los intereses empresariales dentro de los límites marcados por la LSA.

Por consiguiente puede ocurrir que la reducción patrimonial no apareje una reducción de capital¹¹², sin que ello deba, a nuestros efectos, suponer traba conceptual alguna. Para ello será preciso que la entidad escindida posea reservas suficientes para respaldar la aportación y que, una vez efectuada la misma, el patrimonio de esta sociedad se ajuste a los imperativos legales.

Observamos como la alusión a las reservas del Art. 97.2.b) LIS (“... reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria...”) no tiene correlativo reflejo en la normativa mercantil. En cualquier caso el Art.252.2 LSA reconoce el carácter potestativo de la reducción de capital con lo que, tácitamente, admite la plasmación de la reducción de neto patrimonial en la sociedad escindida mediante la liberación de reservas.

La redacción del concepto tributario, atinente a la reducción del capital y reservas, no debe, obviamente, interpretarse en el sentido de que sea imperativa la reducción de capital, sino en la misma medida prevista para el Derecho de sociedades.

La LIS alude a la posibilidad de reducción de reservas para remarcar que debe reflejarse una proporcionalidad en cuanto al peso económico de la operación y, en particular, entre la reducción patrimonial y la consiguiente atribución de valores.

De esta manera existe una correlación imperfecta entre la reducción de capital

¹¹² Concretamente no será precisa la reducción de capital de la sociedad escindida si la entidad patrimonial de la porción transmitida no altera la correlación mínima entre la cifra de capital y el patrimonio social de la sociedad escindida precisada por la ley mercantil.

de la sociedad escindida y la ampliación de capital en la beneficiaria, la cual asimismo puede no ser necesaria. Por ejemplo si, en caso de escisión por absorción, la beneficiaria tiene acciones en autocartera para atribuir las a los socios de la entidad escindida.

En definitiva, a efectos mercantiles y consiguientemente fiscales, la reducción de capital en la sociedad escindida y el aumento en la beneficiaria son actos instrumentales y no determinantes de la configuración conceptual.

2.3.2 Conceptuación jurídico-privada de unidad económica y tributaria de rama de actividad.

La LSA exige, para la escisión parcial, que la parte del patrimonio social segregado componga una “unidad económica” (Art. 253.1 LSA). En este sentido podría concebirse aconsejable, de lege ferenda, que la consiguiente calificación de unidad económica arrastrase automáticamente a la norma fiscal, la cual simplemente se apoyaría, en este extremo, en el Derecho Mercantil para formular sus coordenadas definitorias¹¹³.

En esta línea el interés protegido a través del concepto tributario de rama de actividad y el mercantil de unidad económica es sustancialmente similar. De otro lado cabe recordar que el requisito jurídico privada contaría con el respaldo notarial y la consiguiente calificación registral ¹¹⁴.

¹¹³ En tal sentido se pronuncia el informe: Posibles mejoras a introducir en la fiscalidad española en 1997: Instituto de la Empresa Familiar”.

¹¹⁴ En cualquier caso Ballester Colomer J. (Las Operaciones..., Op. Cit. P.101) destaca el limitadísimo alcance que debe tener la calificación registral en relación con la supervisión del requisito de unidad económica.

No obstante debemos advertir que el concepto de “rama de actividad” se halla mucho más elaborado, existiendo un trabajo administrativo, doctrinal y jurisprudencial que ha concretado, hasta cierto punto, sus contornos. Además su perfil se halla revestido de exclusivas connotaciones tributarias (en cuanto a prevención de combinativa elusiva etc). Así pues se entiende que el legislador fiscal no renuncie a semejante filtro.

En síntesis el concepto de rama es más objetivo, específico y ambicioso que el de “unidad económica”. De este modo el régimen fiscal especial sólo se aplica a aquellas escisiones parciales en las que el patrimonio segregado constituya una rama de actividad.

2.4 Segregación de participaciones sociales. La escisión financiera.

La operación consistente en la segregación de una “unidad económica”, dedicada a la tenencia y gestión de participaciones, en ningún caso podría ser calificada como una escisión “fiscal”, según ha repetido la DGT, aun cuando pudiera calificarse como escisión parcial “mercantil”, con motivo de las exigencias implícita en la definitoria de rama de actividad.

Esta constatación podría impulsar a mutar la elección contractual, bien optando por una escisión total o amoldando la operación a la estructura de la aportación no dineraria especial o el canje, para culminar el objetivo económico perseguido y, paralelamente, diferir las rentas fiscales.

El repetido principio de neutralidad, en su reverso más relativo, compele a otorgar un tratamiento tributario uniforme a aquellas formas jurídicas que

incorporen un mismo substrato económico, para no incidir en la correspondiente elección contractual.

El legislador tributario tenía conciencia de este problema, en un tráfico mercantil en que proliferan las segregaciones de valores y de unidades dedicadas a su tenencia y gestión, bajo la premisa de que en la nueva economía cada vez resulta más frecuente reconocer entidad empresarial a ciertos conjuntos de títulos así como se constituyen sociedades cuyo objeto social consiste en su administración.

En este sentido la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales (Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 1999) añadió una letra c) al Art. 97.2 LIS, ampliando la aplicación del régimen a un específico supuesto de segregación de participaciones mayoritarias en el capital de otras compañías. Se ensancha así el concepto tributario de escisión parcial, introduciendo otra fisura en la armonía con la norma mercantil.

La operación de escisión financiera, de acuerdo con el Art.97.2.c) LIS, se define como aquella por la que “ 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 las mismas, y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir 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”.

Como indica López Melendo Lannes¹¹⁵ si bien el tenor literal del articulado parece posibilitar que exista sólo una entidad beneficiaria, es de todo punto razonable pensar que el supuesto puede abarcar una escisión que contemple dos o más partes escindidas y por tanto dos o más entidades beneficiarias.

En efecto la literalidad del articulado parece responder a una imprecisión en la redacción. Una interpretación sistemática y finalista conduce inequívocamente a dicha conclusión .

Asimismo entendemos que si la porción patrimonial segregada engloba varios paquetes de valores representativos del capital de diversas entidades, éstos deben representar la mayoría del capital social de todas y cada una de ellas, pues el referido porcentaje apuntala la propia estructura del concepto, en coherencia con la noción de “cartera de control” , y reviste de lógica finalista al mismo.

La definitoria trata de conectar con el objetivo subyacente de la continuidad empresarial. El requisito de que la porción transferida configure una rama transmuta en la exigencia de un umbral de dominación. De este modo se añade una nueva puerta de acceso al régimen que rellene, siquiera de modo parcial, la brecha constatada, facilitando adicionalmente la reestructuración de grupos así como la formación de entidades holding.

En cualquier caso una solución alternativa, acaso más clara, hubiese consistido en extender la calificación de rama a determinados paquetes accionariales provistos de cierta significación económica, graduada la misma a través de algún indicador objetivo, si bien ello requeriría una redefinición del concepto tipificado de rama, el cual bascula en torno a los activos reales y no contempla a los activos financieros,

¹¹⁵ “Modificación del régimen fiscal de la escisión por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del estado para el año 2001” , Impuestos, marzo 2001, nº6, P.109.

de un modo transparente, como representativos de alícuotas patrimoniales.

En esta línea en el Derecho francés cuando el paquete accionario objeto de cesión otorga un cierto grado de participación se hace acreedor a la calificación de rama.

2.4.1 operatividad del concepto mercantil de “escisión parcial” sobre la definición tributaria.

El criterio administrativo (por ejemplo la consulta DGT de 24-02-2000) trata de apreciar un tácito filtro interpretativo a la definitoria tributaria, en el sentido que resumimos en el capítulo I. La DGT concibe que para que pueda ser calificada como “escisión parcial fiscal” esta operación, lo mismo que ocurre con las restantes susceptibles de tutela, previamente deberá tener la consideración de escisión parcial a efectos mercantiles.

Por consiguiente, de seguir esta tesis, debería, además de ajustarse a los requisitos tributarios expuestos, cumplimentar el filtro del Art. 253.1 LSA¹¹⁶. Así pues la escisión financiera, en cuya sede la LIS no demanda la transmisión de ramas de actividad, debería encauzar, no obstante, la transferencia de “unidades económicas”, exigencia implícita derivada de la normativa mercantil.

En nuestra opinión esta cuestión no está resuelta. Hemos subrayado que el estilo desagregado de la definitoria en ningún caso destruye el enlace con el correspondiente concepto mercantil, lo cual, en principio, efectivamente conlleva la asunción de los requisitos consiguientes, que se convierten en inherentes, pues, al concepto tributario.

Ahora bien ocurre que, aparentemente, la caracterización objetiva de la

¹¹⁶ Por ejemplo mencionar la cv nº 0035-01, de 22 de mayo de 2001.

“escisión financiera”, vertida en el Art. 97.2.c) LIS, bascula, en su propia raíz, eminentemente en torno a la composición patrimonial del objeto de cesión jurídica (parte del patrimonio social constituida por participaciones...”).

Por tanto, bajo esta perspectiva, el concepto parece definido, de forma cerrada e integral, por el legislador tributario sin que admita su interpretación complemento alguno, de la índole reseñada. Esta constatación parece taponar el natural juego del requisito de “unidad económica”, incompatible, en este caso, con la construcción normativa.

Precisamente la lógica finalista del precepto, encaminado inequívocamente a facilitar el tráfico jurídico de determinadas segregaciones de valores mobiliarios, funcionalidad que justifica su génesis, confirma esta tesis.

En cualquier caso debemos atender a otras coordenadas para formular una solución al interrogante planteado. A tal efecto, como hemos resaltado, en ningún caso puede cumplimentarse la definitoria a través de varios negocios autónomos¹¹⁷.

Por ejemplo no cabría encajar una operación de reducción de capital con la consiguiente entrega a la sociedad matriz de participaciones en el capital en el conducto de la escisión fiscal, por más que pueda haber paralelismo en el fondo económico. Los efectos enumerados deben engendrarse mediante la vertebración de una operación única, lo que a su vez, aparentemente, conduce a la precisa cristalización del cauce mercantil de la escisión parcial, con la consiguiente presencia del requisito de “unidad económica”.

Concebimos que la conclusión debe enmarcarse en un estudio individualizado de la operación respectiva. En esta línea es notablemente significativo que, para

¹¹⁷ A título de ejemplo la consulta DGT cv de 24-02-2000 destaca que “la definición fiscal (Art. 97.2.c LIS) parte de la existencia de una operación única (escisión a efectos mercantiles) y no de la concatenación de una serie de operaciones con sustantividad jurídica propia, aunque su resultado final, en conjunto, pueda ser equivalente al de la escisión” (En el mismo sentido la consulta DGT de 24-10-2000).

esta hipótesis de escisión parcial “tributaria”, se haya omitido la mención a la necesaria “transmisión en bloque” flexibilizando el engarce con el referente jurídico privado.

Así pues, en coherencia con las reflexiones vertidas, ¿Podemos interpretar que para esta operación se rompe el enlace con el concepto mercantil, es decir si se cumplimentan los requisitos estáticos que conforman el concepto tributario, podría un título traslativo distinto de la escisión (pues si el título traslativo es la escisión parcial su perfección jurídica acarrea la necesidad de transferencia de “unidades económicas”) *consumar* la operación “fiscal”?

En efecto entendemos que, en un plano teórico, podría prosperar esta conclusión. No obstante la polémica resulta estéril, puesto que, primero, el Art. 97.2.c) LIS se ajusta a los contornos básicos de la escisión y, segundo, cabe resaltar la escasa virtualidad práctica que, como filtro, reviste el concepto mercantil de “unidad económica”.

De otro lado la consulta DGT de 4 de octubre de 1999 (en el mismo sentido la de 27-04-2000, nº 0999-00) ha aceptado que si la cartera de control, a que se refiere el Art. 97.2.C LIS, se integra en una unidad económica más amplia que la mera tenencia de participaciones en el capital de terceras sociedades, esta unidad debe considerarse amparada en el concepto de patrimonio segregable. Por ejemplo cabe mencionar las deudas contraídas asociadas al *funcionamiento* de los valores segregados.

En nuestra opinión esta constatación no es incompatible con la aseveración anteriormente vertida. Si figuran otros elementos patrimoniales, que componen una infraestructura asociada a los títulos, la proyección del régimen, sobre la

traslación de estos elementos distintos de los valores, sí quedaría supeditada a que los mismos, en interacción funcional con los títulos, cumplieran el requisito de “unidad económica”, en cuya hipótesis la transmisión de “todo el conjunto” podría ser tutelada por el diferimiento. En caso contrario el régimen se volcaría, estrictamente, sobre la transmisión de la cartera de títulos ajustada a lo dispuesto por el precepto comentado.

2.5 Problemática inherente a la escisión subjetiva.

El Art.17.1.b) de la sexta Directiva (“: b) Los accionistas de la sociedad escindida se convertirán en accionistas de una o más de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión”), referente a la escisión de sociedades anónimas, permite cristalizar esta modalidad de operación.

De acuerdo con el Art.252.2 LSA: “...En los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas requiere el consentimiento individual de los afectados”.

Así pues en los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, mediando el consentimiento individual de los socios, cabe introducir un principio de asimetría en la atribución de valores, revestido de un marcado carácter funcional. Es decir pueden ser atribuidas a los socios de la entidad que se escinde acciones o participaciones de una sola de las entidades beneficiarias del patrimonio escindido, o bien recibir valores de las beneficiarias en proporción diferente a la que detentaban, con anterioridad a la escisión, en dicha entidad escindida.

Este artículo contempla hipótesis especiales de escisión, en las cuales se libera

de la exigencia de asignación simétrica de las acciones de las entidades beneficiarias a los socios de la escindida, facilitando así cuajar la reagrupación de los socios de la entidad escindida en sociedades diferentes y permitiendo diversas combinaciones para apuntalar la atribución de valores. Por ejemplo cabría una escisión parcial en la cual uno o varios socios de la sociedad cedente no reciben títulos de la sociedad o sociedades beneficiarias.

En todo caso no se salva el requisito de la asignación proporcional (proporcionalidad cuantitativa) en relación con el fondo económico¹¹⁸. No puede resultar modificado el valor patrimonial de los títulos detentados por el socio antes y después de la operación. Es decir, en cuanto interesa, teóricamente no pueden fluir desplazamientos patrimoniales entre socios.

La norma mercantil (Art. 252.2 LSA) incide en la observación de la regla de proporcionalidad. De este modo la especialidad en la plasmación de la atribución no puede alterar la calificación jurídica de la operación principal.

En definitiva nada puede afectar, desde la óptica tributaria, la falta de proporcionalidad cualitativa siempre que haya continuidad de fondo en las posiciones patrimoniales¹¹⁹. De hecho estas escisiones “subjetivas” son un medio útil para solventar fricciones entre socios facilitando, en definitiva, la continuidad empresarial.

Por añadidura el consentimiento de los socios presupone su conformidad con

¹¹⁸ La DGT ha considerado aplicable el régimen de diferimiento a una escisión total en la que una entidad transmite su patrimonio a varias sociedades beneficiarias, recibiendo los accionistas de la escindida acciones de una sola de aquellas, con sujeción a una norma de proporcionalidad. También para aquella en la cual se atribuyen a unos socios acciones exclusivamente de una de las beneficiarias, y a otros acciones de otra, mediando el consentimiento individual de los afectados (Consultas DGT de 27/03/1995 y de 29/03/1996).

¹¹⁹ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de junio de 1999 declara que en una operación de escisión no se demanda un requisito de proporcionalidad cualitativa en cuanto al reparto entre los socios del capital de la sociedad que se escinde, y que si bien el principio de proporcionalidad es básico debe ser interpretado en su vertiente cuantitativa sin extensión a la esfera cualitativa.

la sustitución. Ahora bien si se instrumentase la operación para procurar una movilidad de las posiciones económicas preexistentes, ello (sin perjuicio de las posibles consecuencias jurídico privadas), chocaría tanto con el Art. 97.2 LIS como con el espíritu del Art. 110.2 LIS.

Ahora bien esta modalidad de escisión puede plantear importantes problemas interpretativos con motivo de su manifiesto paralelismo material, desde el punto de vista de la entidad escindida, con operaciones como la de separación de socios, transmisión de acciones o incluso la disolución con liquidación de la compañía, con la diferencia de que el patrimonio liquidado no se percibiría, sino de modo indirecto mediante la tenencia de la participación.

Los enunciados “resultados” podrían tratar de conseguirse, forzadamente, a través del encaje negocial de la escisión subjetiva para disfrutar de una tributación privilegiada, consiguiendo paralelamente el objetivo económico preconcebido

En esta línea a pesar de que el cauce de la escisión debiera asegurar la continuidad empresarial, permitiendo el mecanismo de la sucesión universal la conservación de las relaciones existentes, el resultado culminado puede ser equivalente a hipótesis de restitución patrimonial.

El hecho puntual de la atribución asimétrica de valores no puede presuponer, en modo alguno, un juicio positivo acerca de la presencia de un propósito de fraude o evasión fiscal, sino tras la constatación de ausencia de motivos económicos válidos en los términos del Art. 110.2 LIS.

En cualquier caso es revelador, del problema latente, el que la DGT haya concebido que una operación de escisión subjetiva, que persiga motivos económicos válidos, debe encauzar una verdadera reestructuración societaria y no

una simple reestructuración accionarial¹²⁰ .

En este contexto el artículo 2.Dos de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añade un último párrafo en el apartado 2 del artículo 97 LIS (que pasa a ser el 97.2.2), redactado de la siguiente forma: “En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad”.

Es decir, ante la conciencia del problema entreabierto, el legislador requiere¹²¹ que, en caso de que haya dos o más entidades beneficiarias y alguna de ellas atribuya valores a los socios de la entidad que se escinde de la manera indicada, el patrimonio adquirido por las entidades beneficiarias debe representar una rama de actividad.

De esta forma las escisiones totales “subjetivas”, en todo caso, deberán canalizar transmisiones de ramas de actividad.

Esta solución conlleva una nueva ramificación del concepto tributario respecto al mercantil. Se introduce tal requisito, que puede bloquear la consumación de estas operaciones por sociedades patrimoniales. Este tipo de sociedades verán relativamente entorpecida, por ejemplo, la solución de conflictos entre grupos de socios mediante esta herramienta.

En definitiva dadas las dificultades en la recalificación administrativa, la cual no podría limitar su fundamento, en ningún caso, a los equivalentes resultados

¹²⁰ A tal efecto citar la consulta DGT de 27-12-2002 (cv 0073-02).

¹²¹ Con efectos para aquellas escisiones , cuya respectiva escritura, que documente la operación, se haya inscrito en el Registro Mercantil a partir de 1-1-2001.

económicos, el legislador opta por anticiparse y juridificar esta exigencia, que garantiza, teóricamente, que la operación se dirigirá a la racionalización de la actividad económica de las entidades partícipes.

La exigencia de que “existan dos o más adquirentes” entronca con la escisión total y con aquellas escisiones parciales en que la sociedad escindida desmembre dos o más porciones, de parte de su patrimonio, entre dos o más entidades beneficiarias. En cualquier caso ya el Art.97.2.b) LIS demanda que, en la escisión parcial, la segregación patrimonial lo sea de ramas.

Podemos pensar, no obstante, en una escisión parcial que instrumente la transmisión de dos unidades económicas, una de ellas representativa de rama y la otra no. Si la escisión no ostenta el carácter de subjetiva, aparentemente, las rentas generadas por la individualizada transmisión de la rama podrían ser diferidas. Sin embargo en la hipótesis de escisión “subjetiva” se requiere que las porciones patrimoniales adquiridas, en todo caso, es decir cada una de las mismas, representen ramas de actividad.

López Melendo¹²² subraya que esta precisión imposibilitaría una escisión financiera de este tipo, en tanto en cuanto dichas participaciones no conllevaran una actividad de gestión que permitiese ser calificada como rama de actividad”.

Es decir en realidad, para este supuesto concreto, ante los intereses en colisión, resultaría desbaratada la íntima funcionalidad de la escisión financiera, anteponiéndose la característica de la atribución asimétrica de valores a otras consideraciones. Esta modificación se proyecta, a modo transversal, sobre las

¹²² (“Modificación del régimen fiscal de la escisión...” op.cit..) Este autor propone como economía de opción la posibilidad de acogerse al régimen especial “si en vez de escindir varias partes en una sola operación, se opta por múltiples operaciones de escisión, en donde sólo se escinde una parte y, por tanto, sólo una es la entidad beneficiaria, con lo que no se daría la primera de las circunstancias que exige la nueva disposición...”.

En nuestra opinión (sin perjuicio de los mayores costes notariales y registrales inducidos) esta solución se encontraría con el escollo de la cláusula antifraude.

diversas modalidades de escisión e inutiliza el sentido explicado de la escisión financiera que se plasmase del modo destacado¹²³.

De otro lado cabría interpretar que, como requisito tácito adicional, en el supuesto de escisión parcial no proporcional, el patrimonio no transferido, esto es el que permanece en la entidad escindida, debe, a su vez, componer una rama de actividad¹²⁴.

En efecto, en otro caso, el resultado económico puede ser equivalente a aquel que pretende prevenir el artículo comentado, si nos ceñimos ahora al desbroce patrimonial entre la entidad escindida y la beneficiaria. En cualquier caso los linderos del precepto se centran, al pedir la presencia de dos o más sociedades adquirentes, en solicitar el requisito aferrado expresamente al punto de destino de los elementos, con lo que, en ningún caso, cabría extrapolar con automatismo el criterio expuesto.

III. APORTACION NO DINERARIA DE RAMAS DE ACTIVIDAD.

De acuerdo con el Art.97.3 LIS”: 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”.

El precepto debe ser analizado a la luz de lo dispuesto por el Art.2 de la

¹²³ José Calero pone de manifiesto que esta modificación legislativa entorpece significativamente la reestructuración de las sociedades familiares a través de un holding familiar. (“Informe de la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Hacienda en el Senado respecto a la problemática de la empresa familiar”, Diciembre de 2001)

¹²⁴ En este sentido (en Memento Práctico. Francis Lefebvre, Impuesto sobre sociedades 2004, P.1133. Editorial Francis Lefebvre, 2004) en relación con una escisión parcial no proporcional donde el patrimonio escindido sea una rama cuando no goce de esta consideración el que permanece en la sociedad escindida, dado que produce “los mismos efectos de una escisión total no proporcional donde una parte del patrimonio escindido no está constituido por ramas de actividad”.

Directiva 90/434/CEE, según el cual se entenderá por aportación de activos “la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación”.

En principio no parece afortunada la redacción del Art.97.3 LIS: “...una entidad aporta a otra la totalidad o una o más ramas de actividad”, ya que cubre hipótesis aparentemente redundantes. El término “la totalidad” parece referirse a que el sujeto aportante puede transferir todo su patrimonio, pero envuelto el mismo en una o más ramas, subsistiendo en el mundo jurídico, en todo caso, como sociedad de cartera.

Ahora bien no puede ser ese el sentido del precepto. En caso de aportación de la totalidad “de la actividad” de la sociedad transmitente, según expresa de manera poco convencional el artículo, parece que la masa patrimonial transferida no tiene por qué constituir una rama de actividad.

A tal efecto, en el sentido que nos planteamos para la escisión total, podríamos preguntarnos acerca de la mínima racionalidad “financiera” que debe observar la universalidad transferida, si bien en este caso sólo existe una entidad transmitente y otra adquirente.

De hecho en el concepto de aportación de activos tanto caben las aportaciones de ramas como de toda la actividad de la sociedad transmitente. En este último caso la Directiva no exige, de modo expreso, la transferencia de “el conjunto de elementos de activo y de pasivo”.

Ahora bien, como indica Antonio Tizzano ¹²⁵, si bien no se pide expresamente que se transfiera el conjunto de elementos de activo y de pasivo cabe pensar que “si

¹²⁵ En sus conclusiones (presentadas el 11 de septiembre de 2001), como Abogado General, en el caso Andersen Og Jensen, Asunto C-43/00.

dicho requisito se exige en caso de transmisión de una rama de actividad, con mayor razón aún debería exigirse si la operación afecta a la totalidad de la actividad de la sociedad transmitente; así pues considero que si dicho requisito no se recuerda de manera expresa en relación con este último supuesto; ello se debe precisamente a que se consideró evidente”.

De este modo en la hipótesis de aportación de la totalidad de la actividad si bien no se requiere explícitamente que lo transferido conjunte una rama de actividad, en todo caso deberá producirse la transferencia de un “conjunto de activos y pasivos”. Baste, por el momento, apuntar este criterio, sobre el que profundizaremos en el estudio del concepto de rama.

De otro lado la virtualidad del concepto se construye, según resaltaremos, en torno a la noción de que lo aportado represente una rama de actividad. Evidentemente el concepto de aportación de rama requiere, en un plano ulterior, la efectiva transmisión jurídica de dicha rama de actividad¹²⁶.

En el caso de que se aporten varias ramas el régimen se aplicará, lógicamente, sobre la operación unitaria, pero la recalificación administrativa podría privar del régimen a las cesiones de unas ramas y no a las de otras, desagregando, desde este punto de vista, la traslación de cada rama de actividad.

La aportación es un título eficaz para la traslación del dominio. Esta operación se ha desgajado recientemente del tronco de la escisión. La diferencia radica en que los títulos representativos de la contraprestación quedan en poder de la entidad aportante sin ser atribuidos a sus socios, con lo que para ella no se consuma una reducción patrimonial sino una sustitución de activos.

¹²⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Castilla y León de 29-11-2002.

Esta operación ha sido acogida en el elenco amparado a partir de la Ley 29/91. La LIS, indirectamente, incentiva la financiación con recursos propios y sitúa a la aportación como herramienta potencialmente interesante para la adquisición de elementos productivos¹²⁷.

Asimismo puede cuajar diferentes finalidades económicas, por ejemplo permitir una mayor especialización en el supuesto de que una entidad desgaje su patrimonio entre varias sociedades de nueva constitución, permaneciendo como socia de ellas.

El legislador fiscal acota la operación “mercantil” de un modo muy determinado, puesto que la misma no está expresamente regulada en el ordenamiento mercantil¹²⁸, el cual no diferencia para este cauce exigencia específica alguna para el objeto transmitido ni estratifica su regulación en virtud de esta premisa¹²⁹.

En todo caso, en principio, el diseño de la operación deberá cumplimentar los requisitos que se derivan del régimen jurídico de la “aportación no dineraria mercantil”, previsto en los Art.36, 38, 39 y 155 del TRLSA (que regulan, de modo disperso, extremos como los bienes y derechos susceptibles de aportación, el informe de expertos independientes y administradores y las reglas de responsabilidad).

Los artículos 8.c) y 151.2 LSA aceptan que el contravalor del capital nominal

¹²⁷ Por ejemplo en relación con la compraventa (que tributaría por TPO) o en su caso por Iva y AJD, la aportación a capital sólo tributaría por el concepto Operaciones Societarias. Además habría exención por este concepto al ser de aplicación el régimen especial.

¹²⁸ En relación con una aportación de un conjunto de activos y pasivos en un aumento de capital, la resolución de la DGRN de 10-6-1994 estimó que “La operación documentada presenta una caracterización diversa de la que legalmente recibe la escisión: ...La operación que se analiza carece de regulación sustantiva expresa en nuestro ordenamiento”.

¹²⁹ Como sintetiza la Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1994: “El requisito de unidad económica para el objeto no es aplicable a las aportaciones no dinerarias, cuyo objeto puede, por tanto, estar integrado por cualquier elemento susceptible de aportación, sin perjuicio de que en el ámbito fiscal sí se encuentre dotada de un régimen específico”.

emitido puede consistir en aportaciones no dinerarias al patrimonio social. La aportación no dineraria contra acciones nuevas, a efectos sistemáticos, debe ubicarse residualmente, por exclusión, respecto de la aportación dineraria.

No obstante la ley mercantil entremezcla la operación con el reverso que representan la constitución societaria y el aumento de capital. La aportación es el negocio jurídico que dota a la sociedad del patrimonio que le permite desenvolverse en el tráfico jurídico- económico. La LIS centra su atención en este instrumento como negocio traslativo susceptible de exteriorizar las consiguientes rentas fiscales.

La contraprestación de la aportación sólo puede materializarse en valores representativos del capital. La LIS no acepta, en la estructura de este negocio jurídico, la operatividad limitada de la compensación líquida, la cual convertiría al negocio, siquiera por dicha franja, en una compraventa.

El espíritu latente es brindar el instrumento de la compensación para aquellos negocios complejos que originan una atribución de títulos a los socios de la entidad transmitente (fusión y escisión), tal y como hace la norma mercantil. En cualquier caso cabe resaltar que el canje de valores, para el que el Art. 97.5 LIS admite la compensación, usualmente se materializará a través de una aportación no dineraria *mercantil*. Se denota la manera heterogénea en que el régimen tributaria hilvana sus conceptos.

Las participaciones, como contraprestación para el sujeto aportante, habitualmente serán emitidas ad hoc, en el marco de una constitución societaria o aumento de capital, a no ser que la sociedad adquirente cuente con una autocartera previa de la que quiera disponer. El negocio jurídico, para el Derecho común, en el

primer caso sería la aportación y en el segundo la permuta.

El Art. 97.3 LIS sólo requiere que la entidad aportante reciba “a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente” sin aludir al origen de los títulos. De esta manera es criterio consagrado que ambas modalidades son comprimibles en el Art. 97.3 LIS. Se requiere pues, haciendo abstracción del título traslativo, que gracias a la transferencia patrimonial, el sujeto aportante acceda a la cualidad de socio de la adquirente de la rama. Esta solución no deriva de una interpretación extensiva de la norma sino de la claridad de sus contornos.

A su vez la regulación supletoria, en su caso operativa, debiera estratificarse en función del formato negocial que culmine en una *aportación fiscal*. La agrupación en un molde con vocación de unicidad, a estos efectos, de dos negocios jurídicos, divergentes para el Derecho privado, obligará a un trabajo de interpretación integradora para la resolución de los problemas que fluirán.

Cabe entender que si se aporta a capital por una parte metálico y por otra bienes in natura, con independencia de la unidad del negocio, a nuestros efectos, una vez que contamos con un título traslativo conforme a derecho susceptible de aflorar rentas, deberemos analizar si la porción del objeto contractual compuesta por bienes distintos al efectivo integra una “rama de actividad”.

Distinta sería la hipótesis de que los elementos aportados fuesen partidas de tesorería (caja y bancos), en cuanto podrían contribuir a proporcionar sentido dinámico a la rama de actividad, como piezas de ella, si bien simultáneamente serían ajenos (por su naturaleza no apta para incubar plusvalías y asimilar la conservación de valor) a la mecánica de diferimiento.

La LIS quiere enlazar preferentemente, sin perjuicio de que admita también

negocios jurídicos de permuta, con el supuesto de aportación de empresa o establecimiento mercantil (Art. 39.3 TRLSA y 20 de la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada), a pesar del imperfecto engarce articulado, consecuencia de que la norma mercantil no concede entidad autónoma a este supuesto de aportación no dineraria, sólo previendo aspectos muy concretos¹³⁰, a pesar de su paralelismo básico con la escisión parcial.

En el presente estadio evolutivo de nuestro ordenamiento, la aportación de una unidad económica no puede instrumentar una sucesión a título universal¹³¹.

Sin embargo cabe reiterar que no se hallan bien engarzados los regímenes jurídicos de la escisión parcial de “unidad económica” y la aportación no dineraria de “empresa”, que ni siquiera es objeto de encuadre independiente, ni justificadas las diferencias en los efectos jurídicos que pueden engendrar.

IV. EL CONCEPTO DE RAMA DE ACTIVIDAD. LA CATEGORIA DE EMPRESA EN ESTE CONTEXTO.

4.1 Introducción.

La estructura de la aportación no dineraria y la escisión parcial, en su

¹³⁰ El Art. 133-1 del RRM no pierde la perspectiva individualizada de los elementos aportados.

Por otra parte según el Art.39.3 LSA en caso de aportación de empresa el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto. No obstante también procederá el saneamiento de aquellos elementos que sean de importancia por su valor patrimonial.

¹³¹ La resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1994 concluyó (en el mismo sentido la res. DGRN de 10-06-1994) que “no resulta admisible a la vista de la situación actual de nuestro derecho positivo la pretensión de reconducir el supuesto hacia un efecto de sucesión universal, con simultáneo reconocimiento de un derecho de oposición a los acreedores”.

caracterización tributaria, vienen condicionadas por esta magnitud. De esta manera, a grandes rasgos, estas operaciones deben encauzar transferencias de unidades empresariales según la concreta acepción tributaria plasmada, en este contexto, en la noción de rama de actividad.

La definitoria de estas operaciones se desdobra pues en una tipificación del cauce traslativo preciso y en una delimitación del perfil que debe reunir la porción patrimonial objeto de traslación jurídica.

El concepto de rama se halla pues unido estrechamente a aquellos intereses tributarios dignos de tutela, tanto desde una óptica global asociada a la continuidad de la empresa, como desde una visión específica preventiva de construcciones elusivas tendentes a sortear dicho eje.

En este apartado resaltaremos las exigencias inherentes del concepto y las acepciones que presentan los términos “conjunto, unidad económica y explotación empresarial”, en asociación con cuestiones añadidas entrelazadas a la noción de racionalidad financiera.

4.2 Evolución conceptual de la categoría. Rasgos definatorios desagregados. Análisis del criterio Administrativo.

El Art. 2.i) de la Directiva 90/434/CEE identifica la rama como”: el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar con sus propios medios”.

El Art. 97.4 LIS la definía, en un principio, como un ”conjunto de elementos patrimoniales que constituyan desde el punto de vista de la organización una

unidad económica autónoma determinante de una explotación económica”.

Quedaba en el aire la duda acerca de si la apreciación de los rasgos conceptuales debía ligarse a la infraestructura de la entidad adquirente o adicionalmente a la de la sociedad transmitente. No obstante la alusión al “punto de vista de la organización” parecía denotar que la rama debía, en principio, existir ya, como tal, en el seno de la entidad transmitente con anterioridad a la traslación jurídica.

En cualquier caso debía producirse efectivamente la incorporación jurídica de la rama a la adquirente¹³². El enlace lógico con la sociedad adquirente debía estimarse preciso en todo caso. Lo que cabía discutir era el punto de conexión con el sujeto aportante.

El Art. 1.7 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, da nueva redacción al Art. 97.4 LIS, en los siguientes términos”: se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

Se suprime la referencia a que el conjunto de elementos patrimoniales deba constituir una unidad económica autónoma ”desde el punto de vista de la organización”. Así pues el nexo formal con la infraestructura de la compañía transmitente no condicionará ya, aparentemente, la calificación.

En principio esta modificación parece muy acertada en cuanto permite

¹³² En este sentido Segarra Tormo S. (“Tratamiento fiscal del Fondo de Comercio en la Ley 43/95”, Gaceta Fiscal, octubre 1996, nº147, P.169) resaltaba que “La Ley 43/95 parece admitir también la posibilidad de que la rama de actividad escindida sea transmitida en bloque a más de una entidad... si bien desde el punto de vista de la sociedad escindida se trata de la transmisión de una unidad económica, desde el punto de vista de la sociedad beneficiaria se trata de la de elemento aislado”.

acoplar la interpretación, que gravita en torno al patrimonio transferido, a la nueva realidad empresarial donde se inscribirá. El punto relevante lo constituirá la aptitud económica (en el sentido proporcionado por la LIS) de los elementos en sede de la entidad adquirente. Esta nota equivale a una flexibilización del concepto.

Diferenciamos dos rasgos nucleares, a su vez susceptibles de descomposición conceptual: a) la cualidad de conjunto susceptible de constituir una unidad económica capaz de funcionar por sus propios medios y b) que dicho conjunto sea determinante de una explotación económica.

En cualquier caso la noción implícita, en los términos “conjunto” y “unidad económica”, solicita una mínima coherencia en el trenzado de los activos y pasivos, constitutivos de los respectivos conjuntos patrimoniales. Esta aseveración será progresivamente matizada, desde diversos ángulos, en los siguientes epígrafes.

4.2.1 Interpretación de las notas de que el conjunto sea capaz de “funcionar por sus propios medios” y de que “sea determinante de una explotación económica”.

La exigencia de que el conjunto sea capaz de “funcionar por sus propios medios” se enfoca a que, a grandes rasgos, su autonomía funcional no pueda conseguirse mediante la ulterior adición de *medios*, ya en sede de la entidad adquirente, debiendo concebirse ello de modo extremadamente flexible en coherencia con los usos del tráfico mercantil moderno.

En las operaciones transnacionales puede existir una superposición entre el concepto de rama y el de EP, tipificado en el Art. 12.1.a) LIRNR, sin perjuicio de la

diferente finalidad de cada magnitud ¹³³. No obstante el concepto de rama es considerablemente más restrictivo.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹³⁴ ha reconocido expresamente que una sucursal puede constituir una rama de actividad. El concepto de rama, pues, no demanda una autonomía financiera o decisoria, impropia de estos establecimientos. Asimismo no requiere ninguna dotación específica de fondos propios.

De acuerdo con el Art. 295 RRM se entiende por sucursal “todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”.

Cabe detectar una correlación absolutamente imperfecta entre el concepto mercantil de sucursal y el de rama. El concepto de sucursal es más tradicional, apegado a la noción de espacio físico. Evidentemente la exigencia de “cierta autonomía de gestión” tampoco es coincidente con las precisiones del Art. 97.4 LIS. En cualquier caso, con carácter general, la sucursal puede ser calificada como rama de actividad.

El requisito de “funcionamiento por sus propios medios” no precisa que la rama, en cuanto unidad empresarial, pueda sobrevivir por ella misma en la vida económica envolviendo, por ejemplo, funciones de producción y comercialización. Asimismo nada exige que, necesariamente, deba operar con similares umbrales de

¹³³ El concepto de EP incorpora una connotación subjetiva, en cuanto aglutinante de rentas fiscales mientras que la categoría de rama se anuda a la entidad cualificada de lo transmitido.

¹³⁴ Por ejemplo la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 1992 (Asunto Commerz-Credit Bank c/ Finanzmat Saabrücken, Asunto C-50/91) indica que no es impedimento que la actividad realizada por la sucursal aportada se financie con recursos proporcionados por el establecimiento principal o se ejerza siguiendo instrucciones dadas por dicho establecimiento.

productividad o rentabilidad a aquellos que detentaba en las entrañas del sujeto de derecho transmitente. La lógica del mercado puede llevar a una lenta recuperación de la inversión.

Otra vertiente de la nota referida exige implícitamente la existencia de una explotación individualizada, una cierta diferenciación dentro de la estructura productiva y organizativa de la entidad transmitente, según analizaremos.

No resulta traba la vertebración “interna” del respectivo conjunto patrimonial, en el sentido de que interactuase con otros departamentos empresariales y no directamente con el mercado. Igualmente los medios materiales y personales pueden ser propios o ajenos, externalizándose parcialmente, en su caso, la gestión de la actividad. En este caso, sin embargo, tal posibilidad debiera caber lógicamente en sede de la sociedad adquirente, para advertir la precisa continuidad económica.

En esta línea se requerirá una composición patrimonial mínima, precisamente, para satisfacer la funcionalidad económica de la unidad. Usualmente deberán transferirse los activos inmovilizados, que permitan a la explotación funcionar por sus propios medios. En cualquier caso la transmisión de activos circulantes, como una cartera de clientes, podría ser indispensable, en función de la hipótesis individualizada.

Por lo demás el análisis no tiene que ajustarse a los modelos clásicos de empresa en términos físicos o, incluso, de organización territorial. Tampoco la separación geográfica, como destaca la consulta DGT de 22-10-2003 (1691-03), puede ilustrar acerca de la presencia de diferentes unidades económicas. Debe prevalecer una perspectiva espiritualista.

La noción de explotación económica debe concebirse conforme a la clásica definición reflejada en el Art. 134.3 LIS¹³⁵. En cualquier caso la interrelación con el mercado debe serlo según la concreta acepción tributaria, sin que, por ejemplo, pueda aceptarse la mera administración de un patrimonio¹³⁶.

En la hipótesis de que el aportante sea un empresario persona física, implícitamente, se demanda que la aportación sea de elementos afectos conforme a la normativa del IRPF¹³⁷.

Finalmente, en el caso de que la adquirente sea una entidad parcialmente exenta, la rama, a nuestros efectos, deberá ubicarse nítidamente en la masa patrimonial afecta que contribuya a generar rentas gravables.

4.2.1.1 Interpretación del requisito solicitado por la Directiva de que la rama constituya un “conjunto capaz de funcionar por sus propios medios” a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Perspectiva financiera.

Según las conclusiones del Abogado General (en la petición de decisión judicial Asunto Andersen og Jensen ApS ¹³⁸), cuando la sociedad transmitente garantice (paralelamente al desarrollo de la operación) un crédito contraído por la sociedad beneficiaria, la Administración deberá valorar si dicha garantía es indispensable para permitir a la beneficiaria ejercer su actividad. En caso afirmativo

¹³⁵ Según el Art.134.3 LIS “Se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”.

¹³⁶ La consulta DGT de 30 de julio de 2002, cv nº 0039-02, rechazó la calificación de rama para un supuesto en que la sociedad escindida realizaba una única actividad de gestión de un patrimonio financiero).

¹³⁷ Por ejemplo la consulta DGT de 5-3-1999 (0290-99) interpreta que la aportación de parte de un patrimonio empresarial, en que al aportante realizase por su propia iniciativa y a su cargo la urbanización de terrenos de su propiedad, no representaría un caso de aportación de rama, puesto que la urbanización de los terrenos no determina por sí mismo una explotación económica, en el sentido del Art. 25 LIRPF, sino que se efectúa con carácter preparatorio de la misma.

¹³⁸ Se trata de las conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 11 de septiembre de 2001, Asunto C-43/00, Andersen og Jensen ApS contra Skatteministeriet, Petición de decisión judicial presentada por el Vestre Landsret (Dinamarca).

deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios.

Ahora bien entendemos que sólo cabría adoptar esta conclusión con el soporte de un ramillete de elementos probatorios que corroborasen el referido indicio y contribuyesen a indagar individualizadamente acerca de la verdad material, acerca de la capacidad de la unidad empresarial transferida para funcionar de acuerdo con sus propios medios. De conformidad con la cláusula del Art. 110.2 LIS, no cabe presumir necesariamente la inexistencia de motivación económica distinta de la tributaria, por motivos de subordinación financiera.

La sociedad beneficiaria debe contar con aquellos medios que resulten adecuados para el ejercicio de su actividad económica, pero entendido ello dentro de la absoluta flexibilidad de los usos empresariales, sin perjuicio de que sea preferente (o incluso exclusiva) la financiación a través de recursos ajenos o pasivo exigible.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 15 de enero de 2002, Asunto Andersen og Jensen) se pronunció al respecto. A tal efecto el TJCE especifica que (de conformidad con el Art.2.i de la Directiva 90/434) el funcionamiento autónomo de la explotación debe apreciarse, en primer lugar, desde el punto de vista del funcionamiento y de la composición patrimonial, es decir el conjunto patrimonial, compuesto por los activos transferidos, debe desenvolverse como una empresa autónoma sin necesidad, a tal efecto, de inversiones o aportaciones adicionales.

En un segundo plano interpretativo operaría la perspectiva financiera. El régimen fiscal no puede condicionar, en absoluto, la libre selección de las fuentes de financiación de la empresa. No se pueden establecer conclusiones apriorísticas

sobre el grado preciso de autosuficiencia financiera.

El hecho de que una sociedad beneficiaria de una aportación recurra a un crédito bancario en las condiciones normales de mercado no puede, en sí mismo, excluir que la explotación aportada tenga un carácter autónomo, ni siquiera cuando garantizan el crédito los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación ¹³⁹.” En todo caso “la apreciación del carácter autónomo de una explotación debe reservarse al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso”.

En este sentido se desprendería una connotación distinta si la sociedad adquirente recurriese, a efectos de obtención de financiación, a un tercero. No se trata, evidentemente, de que la sociedad beneficiaria no pueda acudir ordinariamente al recurso de la financiación externa sino de que, en este caso concreto, el hecho puede ser ilustrativo de la instrumentalización de la operación con motivación eminentemente tributaria, y ello, en su caso, puede conducir a concluir quebrantado el conocido requisito, inherente a la definición de la rama.

4.2.2 Noción de unidad económica autónoma.

De esta forma el problema interpretativo (teniendo en cuenta que iremos perfilando paulatinamente la acepción del término “conjunto”) se desplaza básicamente a la fijación del perfil que debe reunir la “unidad económica autónoma”. Atenderemos básicamente a los problemas derivados del engarce del concepto con la universalidad patrimonial de la entidad transmitente y de la básica

¹³⁹ En concreto “No obstante, puede ser distinto cuando la situación financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación, apreciada en su conjunto, obligue a considerar que muy probablemente no podrá sobrevivir por sus propios medios”.

composición patrimonial que debe conformar la “unidad”.

En primer lugar no podemos entender coincidente el concepto de “unidad económica autónoma” con el mercantil de “unidad económica”, asociado en la LSA a la tipificación de la escisión parcial, como si los demás flecos, propios del concepto de rama, extremaran el rigor de esta magnitud que operaría a modo de basamento mínimo. De este modo la inscripción registral de una operación, calificada como escisión parcial “mercantil”, en ningún caso presupone el cumplimiento, en este apartado sistemático, del rasgo de “unidad económica autónoma”.

En principio la alusión a la “unidad económica autónoma” debe entenderse en el sentido de que la unidad empresarial incorpore una determinada potencialidad de interacción, aunque, para cumplir tal objetivo, se requiera su inserción en una organización empresarial más amplia .

Ahora bien, adicionalmente, es importante hacer hincapié en que el Art.2.i), de la Directiva 90/434, enlaza implícitamente la calificación con la universalidad patrimonial del sujeto transmitente, al requerir el traspaso de una “división”, concepto empresarial indicativo de un conjunto o estamento “autónomo” organizado. Con carácter general se requeriría pues asimismo que la rama configurase, con carácter previo a la transmisión, una organización autónoma de la restante estructura organizativa de la sociedad transmitente.

Este es, por lo demás, el repetido criterio administrativo¹⁴⁰. Sólo aquellas operaciones, en las cuales el patrimonio segregado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente, podrán disfrutar del régimen especial.

¹⁴⁰ Podemos destacar las consultas DGT de 22-7-1999 (cv nº 0053-99) o de 30-7-2002 (cv 0039-02).

Ahora bien lo anterior no excluye la exigencia, implícita en el propio concepto de “rama” y “unidad económica”, de que la actividad económica existiese previamente en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.

De conformidad con este criterio lo que autoriza la norma es que no se produzca una transmisión completa del patrimonio de la división empresarial respectiva, siempre que la entidad de los elementos transmitidos permita el desarrollo de la actividad. A tal efecto es indiferente que la entidad adquirente sea o no de nueva constitución¹⁴¹.

La resolución del TEAC de 18 de julio de 2001¹⁴² especifica, corroborando el criterio indicado, que “Cuando se habla de rama de actividad se trata de una actividad que se aporta y permite continuar la misma, luego debe ser una actividad económica antes de la aportación”.

Sin embargo el criterio administrativo, de modo un tanto confuso, a la hora de objetivizar la exigencia enunciada en sede de la entidad transmitente, pide o bien que el patrimonio objeto de transmisión “constituya una unidad económica diferenciable del resto del patrimonio de la entidad a escindir, o una división, desde el punto de vista organizativo de dicha entidad ” (consulta DGT de 6 de marzo de 2002, cv nº 0003-02).

La acreditación de la presencia de una actividad económica autónoma, en la entidad transmitente, podría acreditarse con arreglo a los medios de prueba admitidos en derecho. No sería estrictamente preciso, aunque sí muy conveniente,

¹⁴¹ Consulta DGT de 22-7-1999 (cv nº 0053-99) y de 4 de junio de 2001 (cv nº 0039-01).

¹⁴² También éste parece ser el criterio jurisprudencial, sin perjuicio de la escasez de pronunciamientos al respecto. La sentencia del TSJ de Navarra de 17 de Abril de 2000 interpretó que “se requiere que esta unidad económica autónoma sea ya objeto de explotación antes de su aportación a la entidad a constituir. Es decir ha de ser un prius respecto a la fusión no un posterius o consecuencia de ésta...Ha de aportarse algo que ya constituía antes de dicha aportación una explotación económica independiente, con todos los elementos patrimoniales y organizativos susceptibles de actuar per se de forma autónoma”.

que la entidad transmitente llevase una contabilidad separada para cada rama de actividad. Cabe pensar, en caso de escisión, que, conforme a la normativa mercantil, deberá confeccionarse un balance de escisión por cada rama transferida.

Debemos subrayar que la alusión de la Directiva, formalmente circunscrita a la entidad transmitente, se incardina en un plano meramente interno y organizativo (al aludir a “división” y “... desde el punto de vista de la organización”) en ningún caso quiere exigir una identidad plena en la actividad económica.

Paralelamente no cabría exigir una autonomía organizativa formal en la esfera del sujeto transmitente. La noción de que la división cedida sea independiente, del resto de la estructura organizativa, debe interpretarse de manera amplia y material haciendo abstracción de la nomenclatura del organigrama empresarial.

En síntesis, de conformidad con el tenor de la Directiva y el principio cardinal de continuidad de empresas, cabe interpretar que implícitamente lo que se solicita es una continuidad en la esencia de la actividad económica que naturalmente desempeñaba la división en la entraña del sujeto transmitente. Ahora bien lo que no sería defendible es que se precisasen unas condiciones económicas sustancialmente idénticas.

El referido requisito debe concebirse con absoluta elasticidad, de manera individualizada, desde una óptica flexible y espiritual. Cabe recordar que para la perfección de estas operaciones la norma, obviamente, no demanda identidad en los respectivos objetos sociales de las entidades.

Entendemos pues que la virtualidad del criterio consiste, simplemente, en trazar una frontera negativa más o menos tosca, requerir una relativa, aunque armoniosa, diferenciación del patrimonio ya en la sociedad transmitente que

impida su desagregación irracional, esto es su artificioso cuarteamiento en “divisiones”, sin que en ningún caso pueda incluir la necesidad de que la persona jurídica transmitente desempeñase actividades económicas netamente diferenciadas entre sí.

En este sentido la interpretación del concepto, dado el espíritu de la Directiva, debe efectuarse de manera elástica y extensiva¹⁴³, circunscribiéndose a advertir la aptitud del conjunto para, autónomamente, servir a la actividad encasillada en el objeto social de la entidad beneficiaria¹⁴⁴.

Sin embargo la DGT¹⁴⁵, aparentemente, interpreta la necesidad de una continuidad “lineal” básica de la actividad económica, la cual no debe verse modificada por la transmisión ni por la ubicación del patrimonio en la órbita de otro sujeto de derecho. Entendemos que esta postura restrictiva no es coherente con la redacción normativa y desconoce la versatilidad inherente al fenómeno de la reorganización de empresas.

A su vez, desde el punto de vista de la composición patrimonial, deberá analizarse la aptitud funcional de los elementos para comunicar vida económica al conjunto.

No sería vulnerado el requisito de que se transmita una “unidad económica

¹⁴³ A tal efecto se indicó en el informe de la Comisión de las comunidades Europeas, en el marco de la sentencia de 13 de octubre de 1992 (Asunto C-50/1991, Europartner) (en relación con el ITPAJD concepto OS) la necesidad de interpretar de manera extensiva las hipótesis de aportación de rama de actividad, en correlación con la finalidad de eliminar los obstáculos fiscales que dificultan este tipo de operaciones.

¹⁴⁴ La resolución del TEAC de 24 de mayo del 2000 negó el carácter de rama de actividad a un conjunto de inmuebles aportados en razón de su inadecuación para satisfacer las exigencias del objeto social de la entidad en que se ubican. El TEAC concluyó que los bienes aportados no constituyen una unidad económica independiente, porque entre otras razones, el arrendamiento y la venta de inmuebles no formaban parte del objeto social de las entidades partícipes.

¹⁴⁵ Podemos mencionar la consulta DGT de 20-12-2000 (2387-00). Asimismo, por ejemplo, la consulta DGT de 16-5-1997 (0999-97) no acepta la conocida calificación en un supuesto en que no existía una unidad económica autónoma en la entidad aportante aunque sí la organización empresarial idónea en la beneficiaria.

autónoma” por el hecho de que no se incluyese, dentro del patrimonio segregado (por ejemplo dada su afectación común), algún bien o derecho cuya omisión, por no ser relevante para el desarrollo de la explotación, permitiese que la misma pudiera desarrollarse en condiciones económicas equivalentes antes y después de la transmisión con la consiguiente dotación de medios personales y materiales.

En este sentido no alteraría la calificación el hecho de que determinados elementos alterasen su funcionalidad económica en el marco de la entidad adquirente, en función de las singularidades productivas, con su posible adscripción funcional en una masa patrimonial diferente de aquella en que estaban incluidos en la entraña de la entidad cedente.

Por su parte, de conformidad con el criterio administrativo, no podrían subsumirse en el patrimonio transferido aquellos activos carentes de vinculación funcional con la actividad objeto de segregación (consulta DGT de 22-7-1999, cv 0053-99).

De una interpretación literal cabe deducir que (haciendo abstracción de la plena validez jurídica de la operación a cualquier otro efecto) no ya sólo es que las rentas que albergasen dichos activos no pudieran ser diferidas, sino que la artificiosa inclusión de tales elementos bloquearía la calificación de rama para el conjunto, unitariamente contemplado.

Ahora bien entendemos que esta conclusión únicamente podría prevalecer si el engarce patrimonial hilvanado resultase artificioso desde la específica óptica tributaria, y esta circunstancia además, a nuestros efectos, viciase la operación. O bien si el hecho de la inclusión de activos emborrona objetivamente la apreciación conceptual de la rama. En otro caso habría que diferenciar la transmisión de una rama de actividad (merecedora de protección tributaria) y la *colateral* de aquellos

activos “superfluos”, debiendo tributar normalmente la renta *contenida* en ellos.

Asimismo no sería preciso, respetándose lo dispuesto por el Art. 97.4 LIS, en los términos que resaltaremos, que el patrimonio que permanece en la entidad transmitente conformase una rama.

Por lo demás, según mencionamos, de acuerdo con el Art. 97.3 LIS, debe merecer la calificación de rama de actividad la aportación de la totalidad del patrimonio de un sujeto (persona física o jurídica), esto es de la totalidad de los elementos que configuran la actividad mercantil.

En este caso cabe entender que se sortean los requisitos que estructuran la definitoria de rama de actividad excepto el de que se transfiera el “conjunto de elementos de activo y de pasivo”, exigencia que recalca la sentencia del TJCE de 15-1-2002 (caso Andersen og Jensen).

En realidad lo que ocurre es que si la entidad aportante transmite todos los elementos, que permitían el desenvolvimiento en el tráfico de la actividad económica determinante de su objeto social, aparentemente dicho patrimonio debiera ser naturalmente constitutivo de una unidad económica en el sentido detallado, pues, de otro modo, no se concibe cómo podría desplegar su actividad empresarial en el mercado.

A tal efecto si el aportante es una persona física el negocio jurídico en cuestión podría acceder al régimen especial, se entiende por el conducto del Art. 97.4 LIS, si se ajusta lo transmitido al concepto de rama o bien si se aporta la totalidad del patrimonio empresarial que desarrollaba el aportante. Entendemos que en este supuesto no puede ser desgajado ninguno de los elementos que se hallaban afectos en el patrimonio empresarial del sujeto aportante. En principio

deben aportarse todos y cada uno de ellos.

4.3 Aportaciones de derechos. Perspectiva funcional del concepto de rama de actividad.

En este contexto resulta perfectamente admisible la aportación de derechos¹⁴⁶. Por ejemplo cabe aportar derechos de usufructo, de arrendamiento o de leasing¹⁴⁷ (transmisibles y susceptibles de evaluación económica).

Debemos hacer hincapié en la vertiente dinámico de la rama, en su acepción de unidad económica viva. Este criterio funcional permite un generoso margen al diseño contractual.

Por ejemplo, en aquellas hipótesis en que haya bienes compartidos para varias actividades, podría desgajarse la situación posesoria o de disfrute de la titularidad del derecho de propiedad, seleccionando la fórmula estratégica oportuna.

Asimismo cabría aportar un derecho real de usufructo sobre un inmueble, reteniendo el aportante la nuda propiedad, en coherencia con la esencia de dicho derecho, el cual se traduce en un disfrute económico y paralelamente, en otro plano, en el IRPF, conlleva la ordinaria imputación de rentas fiscales al sujeto que asume la ordenación de factores productivos.

Sin embargo no podría resultar de aplicación el régimen especial a la aportación del derecho de nuda propiedad, dada la intrínseca esencia jurídica de este derecho.

¹⁴⁶ Los artículos 36.2 LSA y 18.2 LSRL explicitan que toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.

¹⁴⁷ En cualquier caso si se aporta el "uso" de un bien, el valor objetivo del derecho cristalizaría de acuerdo con las rentas susceptibles de generarse.

En la misma línea la aportación de una concesión de uso y explotación podría acogerse al régimen especial sin perjuicio del carácter temporal que subyace en la operación.

Por tanto el eje conceptual se desplaza a la dimensión del funcionamiento dinámico. Se requeriría la afectación simplemente material de los elementos esenciales, sin que ello conlleve la necesaria transmisión del pleno dominio.

La acepción que debe predominar de los elementos es la mercantil-contable, trascendiendo la clásica civilista. A nuestros efectos debemos considerarlos como componentes de una unidad funcional susceptibles de encerrar renta fiscal, susceptible de relucir con motivo de la transmisión.

4.4 Transmisión de inmuebles y de valores.

Es criterio consolidado, como ya hemos subrayado, el que la aportación de valores e inmuebles representan supuestos de aportación de meros elementos patrimoniales no determinantes de explotación económica.

En particular, actualmente, no puede considerarse aportación de rama la de títulos representativos del capital social¹⁴⁸, a pesar de que su transferencia pueda suponer, en su trasfondo, la de la explotación. No cabría detectar una explotación económica autónoma¹⁴⁹.

¹⁴⁸ De la misma forma la aportación de la participación en una comunidad de bienes no constituye una aportación de rama sino (en todo caso) de activos afectos (consulta DGT de 30-09-1999, 1710-99).

¹⁴⁹ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 13 de diciembre de 1991, Asunto C-164/1990, Muwi Bouwgroup BV vs Staatsecretaris van financiën) resolvió que, en las relaciones entre matrices y filiales, la aportación de una cartera de acciones que una sociedad posee en otra y que constituye la totalidad del capital social de esta última no representa aportación de rama de actividad. La sentencia se apoya no ya sólo en la carencia de explotación y autonomía de lo transferido, sino en que existe una disposición especial en que es encuadrable la hipótesis del intercambio accionarial, como es la del canje de valores.

La subrayada consideración empuja al legislador a arbitrar conductos normativos, distintos del Art.97.4, que permitan a ciertas transmisiones cualificadas de valores mobiliarios e inmuebles acceder al disfrute del diferimiento (la aportación no dineraria especial, el canje de valores o la escisión financiera).

En este marco, para la apreciación de rama, tendría que existir una organización conexas dirigida a la administración de los elementos. Por ejemplo una infraestructura empresarial, vinculada a los inmuebles, dirigida a la actividad de arrendamiento o compraventa, que supusiese “una unidad económica determinante de una explotación”, en cuyo caso no existiría una situación de mera tenencia.

El Art. 25.2 de la Ley 40/1998 del IRPF explicita las circunstancias que debieran concurrir para detectar una organización empresarial en la gestión y explotación de inmuebles.

De hecho el criterio administrativo se remite a este precepto. Ahora bien dicho artículo introduce requisitos objetivizados, rehusando, como planteamiento de partida, adentrarse en la verdad material. Así pues cubre una funcionalidad, dentro de un contexto acotado, mientras que la construcción del Art. 97.4 LIS pretende profundizar acerca de la realidad material.

De este modo, en discordancia con semejante criterio, interpretamos que el tenor de dicho artículo sólo podría dilucidar la concreta nota, dentro del más amplio concepto de rama, de si existe afección empresarial de los elementos aportados(explotación económica). Lo anterior además en el caso de que el aportante sea una persona física, resultando meramente orientativo en cualquier otro supuesto.

En cualquier caso, cumplimentándose la definitoria del Art. 97.4 LIS,

obviamente la actividad de arrendamiento de inmuebles podría configurar una rama de actividad. Lo que ocurre es que la DGT parece remitirse con cierto automatismo al criterio consagrado en el citado artículo, incluso cuando el sujeto transmitente sea una persona jurídica sujeto pasivo del IS¹⁵⁰, lo que no se nos antoja coherente.

Asimismo, para que en una segregación de valores pudiera apreciarse transmisión de una rama, sería precisa la presencia de una estructura empresarial al servicio de la gestión de dicha cartera.

El Art. 27.1.c) de la Ley 40/1998 considera que en ningún caso serán elementos afectos a una actividad económica los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad, lo que tendría la repercusión consiguiente en caso de que fuese un empresario persona física el sujeto aportante.

Asimismo, de acuerdo con el Art. 26.3 de la LIRPF, el régimen especial no resultaría aplicable a los elementos adscritos al patrimonio particular del aportante y luego afectados a su actividad empresarial a no ser que hayan transcurrido tres años desde la afectación hasta la fecha de la aportación.

Puede interpretarse que, si bien no podría proyectarse el diferimiento sobre las rentas que *albergasen* semejantes elementos, sí podría contribuir la presencia de los mismos, como “piezas” ornamentales del patrimonio unitario objeto de cesión, a perfilar la apreciación de la rama como categoría.

¹⁵⁰ Por ejemplo la consulta DGT de 3/12/2001 (nº 2120-01) se remite a tal criterio para analizar la acogida al régimen de una operación de escisión parcial en virtud de la cual se transmite un inmueble arrendado. En el mismo sentido la consulta DGT de 30-9-2003 (cv 0084-03).

4.5 Análisis específico de la composición patrimonial. La racionalidad financiera. Especial problemática de la atribución de pasivos.

El Art. 97.4 LIS dispone que ”: Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”.

Este precepto choca con la tradición de la Ley 76/1980 que se aferraba a la necesidad de transmisión unitaria de los activos y pasivos¹⁵¹. En los términos que indicaremos la tendencia legislativa ha consistido en flexibilizar la atribución de pasivos.

A tal efecto el artículo debe ser analizado con sumo cuidado pues , en coherencia con la definición de rama, advertimos que inserta una verdadera cláusula de racionalidad financiera, en orden a la racionalidad en la composición del patrimonio transmitido.

De hecho la posibilidad de extracción e inclusión de elementos de pasivo en la rama puede generar una sustanciosa problemática teórica, a cuyo efecto debe desplegarse una interpretación eminentemente finalista que trascienda la superficie aparente del articulado.

El artículo proporciona dos puntos de engarce de los pasivos con los activos transferidos, cuya constatación, aparentemente, autoriza su la traslación de los enunciados pasivos patrimoniales. El término “organización” está interrelacionado con una vertiente patrimonial estática e interna, mientras que el “funcionamiento” se refiere a un plano dinámico y externo. Ambos puntos de enlace, no obstante,

¹⁵¹ Resulta oportuno mencionar la sentencia del TS de 6 de febrero de 1998. En la misma se aceptó la viabilidad de perfeccionar una escisión societaria (bajo la vigencia de la LSA de 1951) teniendo en cuenta la no funcionalidad sustantiva del Art. 15 de la Ley 76/1980 que exigía la transmisión de las deudas contraídas para dicha inversión.

deben concebirse como orientativos.

La norma emana de una disposición mercantil, inscrita en el régimen jurídico sustantivo de la escisión parcial, a cuya luz habrá que interpretarla, al ser conciliables los objetivos subyacentes. De acuerdo con el Art. 253.2 LSA”: Si la parte que se divide o segrega está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de otros efectos, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa”.

Desde luego, en nuestro ámbito fiscal, el mandato del precepto puede extrapolarse a las aportaciones no dinerarias. El Art. 97.4 LIS alude a la rama de actividad desligándose de que uno u otro negocio jurídico, acogidos en el régimen, canalicen su transferencia.

En principio la opción de atribución de pasivos puede suponer una facilidad para el encauzamiento de la operación, dado que la regla, vigente en nuestro Derecho, de la necesidad de consentimiento de los acreedores para la cesión liberatoria de deudas, en ocasiones, conduce a estructurar la misma de manera que la aportación de pasivos se efectúe de forma indirecta ¹⁵².

Es decir puede ocurrir que la aportante retenga el débito frente a terceros pero registre paralelamente en su contabilidad una cuenta a cobrar a la compañía beneficiaria por el importe de esa deuda y, en contrapartida, esta última registre el importe del pasivo a satisfacer. Se generarían así relaciones contractuales ex novo entre la sociedad transmitente y adquirente de la rama, sin que esta circunstancia,

¹⁵² Fernández García F.(“Aportaciones no dinerarias en la constitución de sociedades anónimas y en las ampliaciones de capital” Impuestos, 1989, Tomo II, Pág.911) comenta que “Deberá establecerse, asimismo, en cuanto a los activos y pasivos circulantes quién asume su pago, si el transmitente o el adquirente, pues habitualmente las operaciones suelen contratarse de ambas maneras”. De otro lado, de acuerdo con la consulta DGT de 22-6-1999, “Respecto de las cuentas a cobrar o pagar que recojan la diferencia existente entre el patrimonio aportado y el tomado para determinar el capital social y la prima de emisión a emitir por la sociedad adquirente, las mismas no desvirtúan en sí mismas la naturaleza de la rama aportada.

en sí misma, obstaculice, a nuestros efectos, la calificación¹⁵³.

Entendemos que la expresión “deudas contraídas” no presupone que hayan nacido precisamente para *diseñar* la rama en aras de su enajenación.

En principio podría vulnerar el formato conceptual la constatación de cesión de pasivos entremezclados con activos sin el descargo de la natural ligazón precisa. Por ejemplo que se proceda a la cesión de deudas que, sin embargo, financien elementos de activo retenidos por la empresa transmitente, teniendo en cuenta que usualmente generarán en el futuro gastos financieros (deducibles, con carácter general, en la imposición sobre la renta) para el sujeto que incorpore las deudas en su balance de situación. Cabe recordar la combinativa fiscal que esta opción puede arrojar en un marco de sociedades, a menudo, vinculadas.

Ahora bien del tenor del Art. 97.4 LIS (“podrán ser atribuidos”) cabría deducir el carácter potestativo de la transmisión de pasivos en nuestro marco. Cuando el artículo prevé la posibilidad de atribución de pasivos, aparentemente, a sensu contrario, acepta la posibilidad de que la entidad transmitente los retenga.

La norma, si nos atenemos a semejante construcción lógica, autoriza implícitamente la omisión de aportación de aquellas deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los activos traspasados, las cuales, por tanto, se hallan conectadas indisolublemente con éstos.

En cambio podría interpretarse (en coherencia con el término “unidad económica”) que los restantes pasivos, desde este prisma “no cualificados”, sí deben traspasarse naturalmente engarzados a los activos que financien. De este modo el articulado estaría flexibilizando la atribución de la primera modalidad de pasivos.

En nuestra opinión no puede ser esta la intelección del precepto, teniendo en

¹⁵³ Así lo indica la consulta DGT de 12-7-2001 (cv nº0064-01).

cuenta tanto criterios técnico- jurídicos genéricos como el concepto tipificado de la rama. Las deudas nítidamente conectadas con la porción transferida debieran, en todo caso, ser cedidas. Por su parte aquellas exclusivamente adscritas al restante patrimonio del sujeto enajenante deben permanecer imperiosamente en su balance.

Concebimos que la referencia incardinada quiere abarcar aquellos pasivos apegados *parcialmente*, a través de un nexo financiero, con activos presentes en la rama, estableciendo, en su caso, un principio de versatilidad para su prorrateo, el cual no obstante debe ser armonioso.

En cualquier caso, de hecho, debemos reconocer que, aparentemente, el criterio administrativo flexibiliza, con mayor generosidad que para el resto de pasivos, la atribución de las deudas contraídas “para la organización y funcionamiento de los elementos traspasados”¹⁵⁴. En realidad interpretamos que tal permisividad debe enmarcarse, únicamente, en correlación con el mandato de la observancia de una armonía en la composición patrimonial, haciendo abstracción de la modalidad de pasivos afectados.

De conformidad con lo expuesto debe entenderse, en líneas generales, el concepto de “Pasivo” en sentido amplio (no sólo pasivo exigible), abarcando, en su caso, las cuentas de “reserva de revalorización” relacionadas con activos concretos.

En síntesis una elemental coherencia técnica vincula a traspasar los “juegos” de activos y pasivos unitariamente (las inversiones y sus fondos de financiación), a no ser que evidentemente, antes de la traslación de la unidad económica, las deudas se anuden armoniosamente a activos distintos. El nexo no podría consistir en un mero asiento contable sino precisaría un respaldo material.

¹⁵⁴ La DGT (consulta de 22 de julio de 1999 ,cv 0053-99) concibe que no se vería afectada la naturaleza de la rama aportada por el hecho de que “no se aportasen directamente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los activos traspasados a un cuando sí tenga lugar dicha aportación de forma indirecta a través del crédito y débito recíproco reflejo de aquellas deudas nacidas de las relaciones contractuales entre la sociedad transmitente y adquirente de la rama”.

Este criterio, indirectamente, se ajusta al principio contable de correlacionar los ingresos devengados con los gastos en que se incurren para su consecución (principio asumido fiscalmente a través del Art.10.3 LIS).

Los respectivos gastos financieros, dimanantes del pasivo exigible, se deducirían en la estructura liquidatoria del mismo sujeto que integre los consiguientes ingresos fiscales, que los activos transferidos *contribuyan* a devengar, en su base imponible del IS.

En esta línea la consulta DGT de 22 de junio de 1999 sintetiza que podría atribuirse a las sociedades adquirentes la deuda financiera directamente vinculada a los activos transmitidos con la rama, mientras que la asociada con los activos no aportados no podría ser atribuida conjuntamente con la rama.

En cuanto a aquella deuda financiera no entrelazada directamente con los activos transmitidos¹⁵⁵, en la medida en que la misma debe financiar parte del resto de activo de la sociedad transmitente, podría ser parcialmente atribuida a la rama. Se incardina, a tal efecto, como criterio de distribución, la proporción de los valores contables de los activos aportados o bien otro coherente que permita una asignación racional de la deuda, con el condicionante de que el conjunto de elementos aportado configure una unidad económica capaz de funcionar por sus propios medios.

Es decir la deuda “no vinculada directamente con los activos transferidos “podría” ser atribuida a la rama. Luego, a sensu contrario, también podría no serlo. Concluimos que dichas deudas deben ser aportadas o no, simplemente, en función

¹⁵⁵ La consulta introduce como parámetros objetivos (que deben entenderse indicativos) para interpretar que la deuda financiera está vinculada a los activos transmitidos con la rama, “... cuando la deuda esté garantizada con un activo (que en principio se considera contraída para la adquisición del mismo), cuando en la concesión de la deuda se haya exigido contractualmente invertir en determinados activos o actividades de manera que en la operación de refinanciación la nueva deuda se entenderá directamente vinculada si en el contrato se exige el mantenimiento del activo o de la actividad, así como en las deudas que, por imperativo legal o reglamentario, deban ser destinadas a la realización de determinadas inversiones.

de su conexión financiera con una u otra porción patrimonial.

En definitiva el sentido del Art.97.4 no puede estribar en consentir una quiebra de la coherencia financiera, sino que precisamente inserta una invocación a la misma. Por consiguiente la transmisión de pasivos no puede tener carácter potestativo. En otro caso, por ejemplo, podría planificarse artificiosamente la futura situación fiscal de la sociedad adquirente, mediante el indirecto traslado de las rentas, conectadas a los elementos, susceptibles de exteriorizarse.

El artículo únicamente concede un margen de libertad relativa en la atribución y prorrateo de pasivos un tanto indefinidos (por ejemplo que financien indiscriminadamente varios compartimentos empresariales). La noción de conjunto ya obliga a una mínima armonía en la atribución de partidas de activo y pasivo (siendo el punto de conexión lógico, tácitamente juridificado, de carácter económico y financiero) y se opone a su disociación artificial.

De este modo la armoniosa extracción de la rama del seno de la explotación de la entidad transmitente, puede requerir una inmersión en la entraña patrimonial global de ésta para marcar una línea divisoria con la universalidad preexistente (por ejemplo al existir elementos compartidos por divisiones empresariales).

En cualquier caso estimamos que la actual redacción del Art. 97.4 adolece de una manifiesta falta de claridad, si bien ello se explica por el vacío normativo que preside la materia¹⁵⁶.

Debemos introducir una última puntualización. En nuestra opinión, a pesar del encuadre normativo del Art. 97.4 LIS, estrictamente encaminado a cristalizar el concepto de rama de actividad, como su lógica trasciende este compartimento

¹⁵⁶ Malvárez Pascual L.A. (La Nueva Regulación del impuesto sobre Sociedades. Regímenes Especiales. Tomo II. Editorial Centro de Estudios Financieros, P.264.) interpreta que "sería más adecuado que la aportación de pasivos sea obligatoria, de manera que para poder acogerse al régimen de diferimiento tributario la entidad deba aportar todos los pasivos relativos a dichos elementos".

estanco y se apoya en esenciales principios jurídicos, debe tácitamente proyectarse sobre operaciones como la escisión total, en cuya sede se difumina tal mecanismo de control.

4.5.1 Orientación propugnada por la sentencia del TJCE de 15 de enero de 2002 (Caso Andersen Og Jensen).

En las conclusiones del Abogado General presentadas el 11 de septiembre de 2001, (asunto Andersen og Jensen ApS) se mantiene que el requisito del Art.2.i) de la Directiva 90/434 atinente a que se transfieran “el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad” debe ser interpretado en el sentido de que el mismo no se cumple cuando se divide artificialmente una partida unitaria comprensiva de elementos de activo y de pasivo¹⁵⁷.

En efecto, en principio, el hecho de disociar arbitrariamente las partidas de activo del pasivo que lo financia infringe la solicitud de que lo aportado sea un “conjunto de elementos de activo y de pasivo”, así como la lógica unitaria intrínseca a la contrapartida materializada en títulos representativos del capital social.

Distinto sería que semejante ruptura se ajustase a coordenadas de racionalidad financiera lo que redundaría en el consiguiente grado de armonía jurídica. Las

¹⁵⁷ Según el Abogado General “el legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una determinada actividad que presenta características especiales de autonomía sean transferidos conjuntamente. Por tanto, la no transmisión de un elemento de activo inherente a dicha actividad impide calificar la operación como aportación de una rama de actividad y, a la inversa, la aportación de una rama de actividad a efectos del artículo 2 de la Directiva no permite justificar la transmisión de un elemento de pasivo inherente a una actividad distinta que permanece en la sociedad transmitente”.

anteriores reflexiones se desentienden de que la atribución de pasivos (o retención) tenga por finalidad ajustar (a la baja o al alza) el valor neto patrimonial de la rama transferida.

A su vez la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2002 estableció que “... no existe aportación de activos con arreglo a la Directiva cuando una cláusula estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes ”. Este criterio debe alimentar a efectos de interpretación, en un plano de inmediatez, el Art.97.4 LIS.

El Art.2.i) de la Directiva 90/434/CEE caracteriza la rama como un “conjunto de elementos de activo y de pasivo”. Esta definición no debe entenderse imperativa en su literalidad, sino enmarcada en la solicitud de una unidad económica autónoma, lo cual demandará la oportuna dotación patrimonial de activos y pasivos imbricados.

Ahora bien, si de hecho pudiéramos concebir un conjunto *autónomo*, con una u otra composición patrimonial, incluso integrada exclusivamente por activos (la traslación de una “unidad” integrada sólo por pasivos no podría evidentemente merecer una contrapartida accionarial al tratarse de partidas que restan el neto patrimonial) habría que admitir la referida calificación.

4.5.2 Intelección de los artículos 97.4 y 104.1 LIS como reguladores de la traslación de los pasivos fiscales.

El criterio, contenido en el Art. 97.4, se refiere genéricamente a pasivos patrimoniales. Por tanto, en hipótesis de colisión, este precepto cedería ante la presencia de una regla más específica, como sería el tratamiento previsto para aquéllas deudas específicamente tributarias.

A tal efecto el Art. 104 LIS, que analizaremos detalladamente en su apartado, regula la subrogación, en este contexto, en los derechos y obligaciones tributarias. De conformidad con el Art. 104.2 cuando la operación no determine una sucesión a título universal “la transmisión se producirá únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos”.

Concebimos que el término “atribución” alude al deslinde “intrapatrimonial” en la elaboración de la rama, en el instante inmediatamente previo a la traslación, mientras que la “subrogación” se refiere a la suplantación en la posición subjetiva de una relación jurídica. En cualquier caso debemos analizar el posible juego entre los artículos 97.4 y 104.2 LIS, que, al hallarse ubicados en un régimen normativo unitario, deben incorporar una lógica uniforme.

Las deudas, como resalta Luz Ruibal¹⁵⁸, y en particular las tributarias conforme al Art. 104.2 LIS, deben traspasarse imperativamente, y no en un plano de opción. Es decir cualquier derecho u obligación tributaria, vinculada a la explotación económica transferida, sería objeto de la modificación subjetiva operada a través del efecto sucesorio ex lege que tiene lugar con la operación.

En realidad, de lo dispuesto en el Art. 104 LIS, se desprende que las

¹⁵⁸ La Sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997. P.250.

obligaciones tributarias “que se refieran a los bienes y derechos transmitidos” resultan de imperativa inclusión en la rama, puesto que, en otro plano y por mandato legal, en ellas deberá subrogarse en ellas la entidad adquirente, lo que no podría acaecer si las mismas no son adscritas a la rama sino retenidas por el sujeto aportante, circunstancia que equivaldría a burlar el sentido del reiterado Art. 104 LIS.

En este contexto la DGT ha entendido en algún pronunciamiento (por ejemplo cv nº 0027-99, 0030-99 y 0039-99¹⁵⁹), que, dado que las sociedades aportantes no se extinguen, las obligaciones formales y materiales correspondientes a impuestos, tasas, cuotas, Seguridad Social y retenciones (soportadas o practicadas por las entidades transmitentes) pendientes de pago deben cumplirse por aquella entidad aportante de la rama de actividad, sin que dichos pasivos deban integrar el conjunto de los elementos aportados, y, por tanto, las cuentas representativas de dichos pasivos no deben ser incorporadas dentro del conjunto de elementos patrimoniales aportados con la rama de actividad.

En efecto puede resultar dificultoso concebir que estas operaciones puedan instrumentar una transmisión de deudas tributarias, dado el clásico principio de la indisponibilidad de la posición del sujeto pasivo consagrado por el Art. 36 LGT.

No obstante el Art. 104.2 inserta un mandato de transmisión “de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos”. Es decir cabría deslindar aquellas relaciones jurídico fiscales susceptibles de encaje en dichas coordenadas, pero en ningún caso a priori vedar la posibilidad de su

¹⁵⁹ Según su tenor literal: “...se plantea el destino de los saldos acreedores o deudores de las cuentas de impuestos, tasas, otros tributos, cuotas de seguridad social, así como de las retenciones soportadas o practicadas por las sociedades transmitentes. Teniendo en cuenta que las sociedades transmitentes no se extinguen como consecuencia de las aportaciones de ramas de actividad que realicen, las obligaciones tanto formales como materiales inherentes a los impuestos, tasas, otros tributos, cuotas y retenciones, pendientes de pago deberán ser cumplidas por aquellas sociedades y, por tanto, las cuentas representativas de dichos pasivos no deben ser incorporadas dentro del conjunto de elementos patrimoniales aportados con la rama de actividad”.

inserción en la rama y , de este modo, la de su traslación. A su vez podemos adelantar que el Art.104 LIS engloba tanto las deudas liquidadas, vencidas y exigibles como aquellas devengadas que no se hayan liquidado.

De otro lado no parece que pueda prosperar la proyección de los criterios indicativos del Art.97.4 (“... para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasen”) sobre la órbita del 104.1, a efectos de la concreción del difuso nexo conceptual (“que se refieran a”) formulado por último artículo, y que pretende vincular las “obligaciones tributarias” con los elementos cedidos. Si, en obediencia del Art. 104.2, fuese posible concebir un prorrateo de una deuda tributaria, sería precisamente la redacción de este artículo la determinante a tal efecto.

V. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES.

De acuerdo con el originario Art.108.1 LIS “El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del sujeto pasivo, a las aportaciones no dinerarias en las que concurran los siguientes requisitos:

- a)Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en el mismo, por medio de un EP al que se afectan los bienes aportados”.
- b)Que una vez realizada la aportación, la entidad aportante participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en al menos, el 5 por 100”.

Nos encontramos ante una aportación no dineraria cualificada, con la consiguiente natural proyección del régimen jurídico privado supletorio inherente a las aportaciones. El primer requisito es de índole cautelar. El segundo exige una

mínima interrelación causal con la naturaleza de las demás figuras, tendentes a asegurar una continuidad empresarial.

Cabe interpretar que en una operación de aportación no dineraria en cuyo marco, en la suscripción de acciones, unos accionistas pasan a participar en un porcentaje igual o superior al 5% del capital social de la entidad beneficiaria y otros permanecen por debajo de dicha franja, la operación podría ampararse en el diferimiento en la parte que correspondiese a la suscripción efectuada por los accionistas cuya participación alcance al menos el 5 por 100, siempre que se cumpliesen los restantes requisitos establecidos en el Art. 108.

El ordenamiento tributario circunscribe, de forma notablemente específica, los contornos jurídico mercantiles de la operación, configurando la misma como merecedora de un inferior protección que las restantes. Por ejemplo esta conclusión se desprende de su localización normativa o de que se trate de una operación sujeta y no exenta a IVA.

El Art. 108 trata de evitar los problemas de indefinición del concepto de rama y ensanchar los pórticos de acceso al diferimiento. El legislador intenta paliar la inseguridad jurídica que acarrearía que una comprobación administrativa privase, con apoyo en esa traba, del disfrute del régimen.

5.1 La ruptura de la noción ideal de continuidad empresarial.

En principio sería admisible la aportación de elementos individualizados, a pesar de la dificultad teórica de que su valor justifique tamaña contrapartida financiera y de que cabe entender que el espíritu de la sistemática, que trata de

superar la costosa delimitación de la rama sin poder diferenciar para ello conceptualmente una “empresa” de menor entidad autónoma, primordialmente quiere conectar con la indefinida figura mercantil de la aportación no dineraria de empresa.

El Art. 108.1.a) se refiere a “bienes aportados”. Evidentemente tanto cabe la aportación de conjuntos patrimoniales no determinantes de rama, como de elementos de activo y de los pasivos a ellos ligados (como la aportación de un inmueble gravado por una hipoteca¹⁶⁰), o bien de activos individualizados (por ejemplo inmuebles o valores mobiliarios).

Así pues cabe entender consumada la ruptura de cualquier exigencia de “entidad” para el objeto transferido.” El mecanismo de control, en ruda interrelación con el interés protegido, estriba únicamente en la exigencia de que una vez realizada la operación la entidad aportante participe en los fondos propios de la que recibe la aportación en al menos el 5 por 100.

Ya aludimos, sin perjuicio del alejamiento teórico que se origina respecto del ideal tutelado por la norma¹⁶¹, a las distorsiones técnicas que la subsunción de esta figura acarreará en un sistema eminentemente elaborado para abarcar supuestos de traslación de unidades empresariales.

Adicionalmente, de la redacción del Art. 108, no se deduce que el enunciado porcentaje deba conseguirse, precisamente, a través de dicha operación, como sí sucede en el canje. Por tanto si, con carácter previo, ya se ostentaba tal grado de

¹⁶⁰ A cuyo efecto deberíamos estar en presencia de una única operación, en la que la contraprestación percibida por el aportante consiste en acciones o participaciones más la asunción de deuda que realiza la otra sociedad. Teóricamente el valor de mercado de las acciones recibidas debiera ser igual al valor de mercado de las aportadas menos la deuda asumida.

¹⁶¹ Ruibal Pereira L. (Estudios sobre el Impuesto..., Op. Cit. P.490) resalta que “ esta extensión del régimen especial de la rama de actividad a otras operaciones de aportación no dineraria desvirtúa en parte la propia esencia de esta operación. Las operaciones de aportación... estaban destinadas fundamentalmente, a garantizar la conservación de empresas o unidades económicas y al reforzamiento de las mismas...”.

participación, se difumina incluso este control indirecto¹⁶². En esta línea podrían resultar aceptables aquellas aportaciones en que antes y después de la transmisión se tuviese tal grado de participación en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación¹⁶³.

Existe, no obstante, un resquicio de duda al respecto. El precepto solicita que “una vez realizada la aportación, la entidad aportante participe...”, lo que puede interpretarse en el sentido de que debe ser la operación el canal jurídico que suministre dicho umbral de participación. No obstante la interpretación más natural, en correlación con el Art. 23 LGT y la significación en el lenguaje común de la expresión “una vez” , es que simplemente tras la operación, no necesariamente como directa consecuencia de ella, debe ostentarse tal grado de participación.

En esta hipótesis el porcentaje articulado sólo podría entenderse encaminado a que la operación se desarrolle en un clima de cierta estabilidad en la participación accionarial. El requisito consiste pues, más que en una criba de entidad económica, en una frontera indeterminada que obstaculiza, toscamente, determinadas operaciones especulativas.

Como además no se exige ningún condicionante de mantenimiento temporal, una vez cumplido el requisito de participación mínima, a su vez el sujeto aportante podría deshacerse de un porcentaje de participaciones “esquivando” la finalidad cautelar comentada, tributando sólo en función de las plusvalías realizadas tras la

¹⁶² Como resaltan las Consultas DGT de 27 de Diciembre de 1996 o de 24-02-2000 basta con tener dicha participación con posterioridad a la aportación, “con independencia de que se tuviera con anterioridad a la realización de la operación o bien que la misma se alcance de forma exclusiva con la aportación o que con la participación adquirida a través de la aportación conjuntamente con la tenida con anterioridad se alcance la mencionada participación del 5 por 100”.

¹⁶³ Cabe destacar que la resolución del TEAC de 18-7-2001 resalta que el límite del 5% “debe interpretarse pues como un límite mínimo, no máximo, por lo que no obsta que si ya se contaba con una participación anterior pueda aplicarse la exención si se realizan nuevas aportaciones. Si se hubiera querido excluir el beneficio para las sociedades vinculadas o concederlo únicamente para la primera aportación, se tendría que haber dicho expresamente”.

aportación. El Art. 108 de la Ley del mercado de Valores podría, desde otro plano, frenar temporalmente la enajenación de valores recibidos en contraprestación de inmuebles aportados, en determinados supuestos.

5.2 Aportaciones efectuadas por personas físicas.

La Ley 50/1998, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modificó el Art. 108.1. Este artículo se refería (en su apartado b) a que “una vez realizada la aportación la entidad aportante participe... “. Con mayor rigor técnico la nueva redacción resalta que “una vez realizada la aportación el sujeto pasivo de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas participe... “.

Por lo demás el contexto normativo ya aclaraba la solución explicitada comprendiendo a las personas físicas y jurídicas como posibles aportantes.

A su vez el Art. 108.2 LIS transcribía una redacción un tanto titubeante al estimar que el régimen se aplicará a las aportaciones de ramas, y a “las aportaciones de elementos patrimoniales... efectuadas por personas físicas”.

Es decir parecía como si para las personas físicas se admitiese únicamente la atribución de elementos aislados y para las sociedades se reservase la aportación de rama. Evidentemente tanto las personas jurídicas pueden acceder al diferimiento por el pórtico del Art. 108.1 como las personas físicas aportar ramas.

De acuerdo con el nuevo Art. 108.2 LIS”: El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará a las aportaciones de ramas de actividad, y a las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales en las que concurren

los requisitos previstos en el artículo anterior, efectuadas por personas físicas, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto por el Código de Comercio”.

Se requerirá, en los términos ya indicados, una previa afección de los elementos aportados al patrimonio empresarial de la persona física, circunstancia a determinar de acuerdo con la legislación del IRPF.

Cabe considerar que, en relación con la aportación de elementos patrimoniales de carácter ganancial, el Art. 27.3 LIRPF especifica que “ La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges”.

A tal efecto, para que resultase aplicable el régimen especial a la *parte* propiedad del otro cónyuge, esto es el perímetro del diferimiento comprendiese la totalidad de las rentas exteriorizadas, se requeriría, según las coordenadas de individualización de rentas del IRPF, que éste también fuese titular de la actividad económica (a la cual están afectos los elementos) y la desarrollase de forma habitual, personal y directa de acuerdo con el Art. 25.1 LIRPF.

Por su parte la aportación no dineraria de la mitad indivisa del cónyuge del titular del negocio no se hallaría sujeta a IVA no ya en virtud del régimen especial, sino porque no sería empresario o profesional a efectos de este impuesto,

Málvarez Pascual ¹⁶⁴ entiende que el régimen “no resulta aplicable a los empresarios personas físicas, en régimen de estimación objetiva, ya estén acogidos a signos, índices o módulos, ya a coeficientes, pues dichos sujetos no tienen que llevar contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

¹⁶⁴ La nueva regulación...Op. Cit., P.258.

Sin embargo parece que la obligación de llevanza de contabilidad es un mandato mercantil, independiente del régimen de tributación del empresario individual. El Art. 108.2 LIS redacta el requisito desvinculándolo de los imperativos de la normativa del IRPF (que exige contabilidad por partida doble sólo para el régimen más cercano a la estructura del IS como es el de la estimación directa de bases imponibles). De este modo, a nuestros efectos, resulta irrelevante que la llevanza de contabilidad acorde con el Código de Comercio se efectuase con carácter obligatorio o voluntario, desde la óptica tributaria.

En cualquier caso el empresario persona física aportante deberá llevar una contabilidad ajustada a las disposiciones mercantiles, con objeto de asegurar una solidez mínima a las valoraciones fiscales y permitir el contraste de la afección a la actividad económica de los elementos aportados.

Adicionalmente, sin perjuicio de las obligaciones que impone la legislación mercantil, la sociedad receptora está obligada, en virtud del artículo 107.1.b) LIS, a recoger en su memoria anual el último balance cerrado por la entidad transmitente, requisito que resultaría de imposible cumplimiento si el aportante se limitara a cumplimentar los respectivos libros registro, propios de la estimación directa simplificada, conforme al Art. 65 RIRPF¹⁶⁵.

En el supuesto de que el régimen de determinación de rendimientos de actividades económicas en el IRPF no imponga dicha obligación al aportante, de conformidad con el Art.65 del Reglamento del IRPF, esta solicitud puede suponer un coste indirecto para el sujeto. En cualquier caso es un deber justificado para otorgar un cimiento a la continuidad de valores y a la hipotética tarea de comprobación e investigación.

¹⁶⁵ Así lo entiende, por ejemplo, la consulta DGT de 13-10-2003 (cv 0100-03).

La norma fiscal no se pronuncia respecto del plazo de llevanza de contabilidad ajustada al Código de Comercio necesario para acogerse al régimen especial. Coherentemente la DGT (por ejemplo consulta de 24 de octubre de 2001, nº 1904-01), ha interpretado que bastará que el sujeto lleve su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio desde, al menos, el ejercicio anterior a aquel en que se realiza la aportación siempre que se dispongan de los medios de prueba pertinentes, con arreglo a Derecho (facturas etc.) para justificar la valoración de las partidas que figuren en contabilidad.

En concreto, según el Art. 21.2 del Reglamento del IRPF, no se entenderán afectados los elementos patrimoniales que “siendo de la titularidad del contribuyente, no figuren en la contabilidad o registros oficiales de la actividad económica que esté obligado a llevar el contribuyente, salvo prueba en contrario”.

Una cuestión diferente sería que la estructuración de la estimación objetiva, en interrelación con el posicionamiento del sujeto transmitente, chirriase con la técnica de diferimiento por incluir dicha modalidad de determinación ya comprendidos en el rendimiento de la actividad las ganancias patrimoniales que se ocasionaren. Esta circunstancia inutilizaría la red del diferimiento.

A la operación de aportación a una sociedad por parte de varias personas físicas de un inmueble afecto a actividades empresariales de una comunidad de bienes, siempre que lleven su contabilidad con arreglo al Código de Comercio, le es de aplicación el régimen fiscal ¹⁶⁶.

Asimismo podrían acogerse al diferimiento los profesionales personas físicas que perfeccionen aportaciones no dinerarias, siempre que ajusten su contabilidad a

¹⁶⁶ en este sentido por ejemplo la consulta DGT de 13-11-2000, nº 2042-00

lo previsto en el Código de Comercio.

De una lectura literal podría concluirse que el tenor del Art. 108 LIS excluye implícitamente a los profesionales¹⁶⁷ (al referirse a “elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales”). No obstante el Art.25 de la Ley 40/1998 unifica conceptualmente los rendimientos derivados de las actividades económicas. Evidentemente la ordenación de factores de producción también se manifiesta en estos sujetos.

Así pues la aportación de ramas o las especiales realizadas por personas físicas, que desarrollen actividades profesionales, podrán acogerse al régimen especial. A esta constatación se ha plegado finalmente el criterio administrativo¹⁶⁸.

Como ya hemos resaltado no caben aportaciones efectuadas por personas físicas de elementos integrantes de su patrimonio personal.

A tal efecto debe considerarse que, en coherencia con el Art.27.2 LIRPF y 21 del Reglamento del IRPF, sólo pueden ser objeto de afectación parcial los elementos patrimoniales divisibles, entendiéndose en su caso la afectación limitada a aquellas partes “susceptibles de aprovechamiento separado e independiente del resto” y que, de hecho, se utilicen por parte del aportante en la actividad.

El transmitente podría ampararse al diferimiento únicamente en la *proporción* que corresponda a las rentas exteriorizadas en la transmisión de la parte de la finca “aprovechada de modo separado e independiente y efectivamente afecta a la actividad”.

En caso de no aplicación del régimen especial se produciría una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente transmitente que determinaría la obtención de la consiguiente ganancia o pérdida patrimonial.

¹⁶⁷ La consulta DGT de 20/12/1996 estableció que la aportación por un profesional de la totalidad del patrimonio afecto a la actividad, no estaba amparada por el régimen especial.

¹⁶⁸ Podemos citar las consultas DGT de 27-01-1998 (0102-98) o de 26-4-2000 (0942-00).

La DGT ¹⁶⁹ , como hemos repetido, en relación con el Art. 26.3 LIRPF, concibe que no cabría la aplicación del régimen en el caso de que los elementos aportados hubiesen figurado en el patrimonio particular de la persona física aportante y la afectación se hubiera realizado en un intervalo inferior a tres años a la fecha de la aportación.

Esta interpretación engarza con la regulación propia de la imposición sobre la renta, de acuerdo con el punto de partida de los elementos. Sin embargo, en coherencia con la filosofía del diferimiento de ignorar los efectos asociados a la transmisión, Blesa Báguena ¹⁷⁰ entiende que “esta interpretación es criticable...Más lógico sería considerar que el diferimiento se perderá si se produjera la desafectación antes de cumplirse el plazo de tres años que la Ley exige para consolidar la afectación”.

En el caso de aportación de ramas efectuada por un empresario persona física, el concepto de rama ya implica la debida afección de sus elementos componentes.

La Disposición Transitoria Quinta de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, declara aplicable el régimen fiscal a las aportaciones a sociedades unipersonales de responsabilidad limitada de unidades económicas autónomas por parte de empresarios individuales.

Esta disposición, aparentemente ociosa, confusamente requiere la aportación de unidades económicas. Ahora bien, en todo caso, si la aportación es comprimible en la definición de aportación de rama es el Art. 97.4 quien delimita los contornos

¹⁶⁹ Consulta de 14 de febrero de 2000 (cv 9/2000) o de 11 de octubre de 2001 (nº 1844-01).

¹⁷⁰ TodoFiscal 2001. Ejercicio Fiscal 2000, Editorial CISS Praxis. P.883.

que debe reunir tal “unidad económica” . Si se trata de una aportación no dineraria especial el Art.108 no precisa la transferencia de unidad económica alguna.

5.3 Modificación del Art.108 LIS a través de la Ley 24/2001 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Ley 24/2001 da nueva redacción al Art.108 LIS, introduciendo unos nuevos apartados c) y d), para matizar la acogida de supuestos de aportaciones de acciones o participaciones sociales realizadas por personas físicas. La proyección del régimen especial precisará:

c)”Que, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se tendrán que cumplir además de los requisitos señalados en las letras a) y b), los siguientes:

a) Que la entidad de cuyo capital social sean representativos sea residente en territorio español y que a dicha entidad no le sean de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas ni el de sociedades patrimoniales, previstos en esta Ley.

b) Que representen una participación de al menos un 5 por 100 de los fondos propios de la entidad.

c) Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación”.

d)” Que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos de los mencionados en el párrafo c) por contribuyentes del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

El aportante, sujeto pasivo del IRPF, podrá aportar (bajo la tutela del diferimiento) acciones o participaciones sociales con los condicionantes enunciados. Cabe destacar las distintas soluciones ofrecidas, en cada punto, para afrontar el problema concerniente a la transmisión de acciones o participaciones en el capital de entidades.

5.4 Análisis de supuestos específicos de aportación en conexión con el espíritu del régimen.

En principio, evidentemente, la naturaleza de los elementos aportados puede ser cualquiera (Activos inmateriales, intangibles etc.), cuya naturaleza jurídica y económica los habilite para ser objeto de transmisión.

Podemos concebir aportaciones de determinados bienes económicos de difícil cuantificación, en razón de su volatilidad intrínseca, como derechos de propiedad industrial, marcas, nombres comerciales, Know how etc. Cuando dichos elementos forman parte de la explotación su valor incidirá en el del todo, pero cuando se enajenan separadamente surgirá el problema de su valoración independiente.

En concreto resulta complicado concebir un supuesto de enajenación

individualizada del fondo de comercio¹⁷¹, como activo inmaterial separado del resto de la explotación, dado que es la empresa, en su globalidad, la que llena de sentido a esta magnitud¹⁷².

La interesante Consulta de la DGT de 25 de febrero de 1997 intenta delimitar unos tácitos linderos negativos deducidos de los pilares de la sistemática, en el sentido de que “las aportaciones no dinerarias amparadas por el Art. 108 LIS deben ser aquellas que sean susceptibles de generar rentas como consecuencia de la transmisión de los elementos patrimoniales asociada a la participación. En consecuencia no pueden acogerse al régimen del Art. 108 LIS la tesorería y aquellos derechos de crédito, incluso los incorporados a valores, que no incorporen una plusvalía tácita que se ponga de manifiesto en el momento de su transmisión”.

En principio la calificación como no dineraria de determinadas aportaciones cuasi líquidas como de títulos cambiarios (cheques, letras) es viable ya que incorporan un derecho de crédito. No obstante en algunos casos la garantía de su realización es tan elevada que en el tráfico se asimilan al metálico.

A nuestros efectos la aportación sería no dineraria en los mismos términos que así lo reconociese el Derecho Mercantil, con el condicionante lógico añadido de que la transmisión del objeto fuese susceptible de generar rentas y de practicarse sobre él la continuidad valorativa.

Desde otro plano no habría inconveniente alguno, desde el prisma tributario, en que se perfeccionasen aportaciones de elementos no consignados en balance, en

¹⁷¹ La Res.D.G.R.N de 31/10/1986 admitió la posibilidad de aportación del fondo de comercio de una empresa, con criterio semejante al adoptado por las legislaciones francesa e italiana.

¹⁷² Sánchez García E. (Las aportaciones patrimoniales a la sociedad anónima, Editorial CISS, colección: Monografía Mercantiles, 1999, P.142) destaca que el fondo de comercio “por su estrecha vinculación con la empresa a la que aporta valor, no es susceptible de ser transmitido individualmente...”.

cumplimiento del principio contable de prudencia. Por ejemplo contratos no incorporados al activo (en cuanto representativos de una expectativa de ingresos) o derechos de propiedad intelectual, los cuales en definitiva no han se han generado vía adquisición previa. Lo importante es que dichos activos encierren un valor económico, una renta larvada, la cual precisamente puede salir a relucir a causa de la aportación.

La figura (que no es objeto de tipificación expresa en nuestro Derecho Mercantil) de la “aportación de los socios para compensar pérdidas” quedaría meridianamente excluida de nuestro ámbito, al incorporar rasgos absolutamente diferenciados. En rigor no se trata de una aportación a capital (como exige la LIS) sino al patrimonio social. Además no se generaría renta fiscal como consecuencia inmediata de la operación.

5.4.1 Análisis del supuesto de aumento de capital por compensación de créditos.

El criterio administrativo¹⁷³ consiste en que el aumento de capital por compensación de créditos (conversión de obligaciones en acciones) no está incluido en los perfiles de la aportación mencionada en el Art. 108 LIS. Según este criterio no constituye una aportación no dineraria strictu sensu sino una modalidad de aumento de capital por compensación de créditos.

La repetida regla genérica estriba en que los conceptos fiscales representan matizaciones del concepto jurídico privado, el cual opera a modo de referente y,

¹⁷³ Podemos citar las consultas DGT de 25/02/1998, nº 0296-98 y de 22-7-1999, cv nº 0057-99.

por consiguiente, ilumina la interpretación. En este sentido nos encontramos con la dificultad suplementaria de que el concepto de “aportación no dineraria” suministrado por el Derecho Mercantil se halla sedimentado de un modo incompleto.

Los interrogantes básicos son, primero, resolver si se puede calificar la operación, mercantilmente, como una aportación no dineraria y, en un segundo plano, si, admitiendo una respuesta afirmativa a lo anterior, alguna directriz específica del régimen especial bloquea excepcionalmente la acogida de este supuesto.

La aportación es la prestación a la que está obligada la persona que suscribe los títulos. El TRLSA, la LSRL y el Reglamento del Registro Mercantil, distinguen sistemáticamente entre aumento de capital con aportaciones dinerarias (Art.154 TRLSA), no dinerarias (Art. 155 TRLSA, 74.3 LSRL y 168.2 RRM) y por compensación de créditos (Art. 156 TRLSA, 74.2 LSRL y 168.3 RRM) como vehículos jurídicos para materializar la contraprestación del aumento del capital nominal.

Evidentemente, en este análisis, el Derecho supletorio que puede arrojar luz es el engarzado a la aportación contra acciones nuevas suscritas en un aumento de capital.

Según el Art.151.2 LSA”: ...el contravalor del aumento del capital social podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio”. A su vez el Art. 38 LSA se refiere a las aportaciones no dinerarias, con un criterio

eminentemente multicomprendivo (“1.las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza...”).

Por su parte el Art.156 LSA se refiere específicamente al aumento de capital por compensación de créditos. Según este precepto sólo podrá realizarse este aumento de capital cuando al menos un 25 por 100 de los créditos a compensar sean vencidos líquidos y exigibles, y el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años, debiendo ponerse a disposición de los accionistas una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos ¹⁷⁴.

Estas reflexiones deben concebirse independientes de la peculiar naturaleza del supuesto, que ha inducido que se a califique el acto como aumento puramente contable del capital (junto con el verificado con cargo a reservas).

El rasgo de conversión de recursos ajenos en propios que implica una reasignación entre masas patrimoniales, dentro del pasivo, no puede erigirse necesariamente en traba. El oportuno asiento contable informaría acerca de un aumento del neto patrimonial como contrapartida del aumento de capital, con independencia de su fuente (eliminación de pasivo exigible). Precisamente el informe del auditor trata de asegurar el respaldo de una veraz aportación patrimonial.

En principio la cuestión crucial, primera de las que hemos apuntado, reside en determinar si, para el derecho Común, nos encontramos ante una aportación no dineraria. El criterio de la DGT resalta , atendiendo al esquema tejido en el Derecho Privado, que “la conversión de obligaciones en acciones no constituye una aportación no dineraria” .

¹⁷⁴ Exigencia desarrollada por la resolución del ICAC de 10 de abril de 1992, que publicó la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial al respecto.

Según la DGT ¹⁷⁵ si bien el Art. 39.2 TRLSA califica implícitamente como aportación no dineraria aquella consistente en la aportación de un derecho de crédito, y ésta podría resultar encajable en la red del diferimiento, precisamente las precauciones del precepto en orden a que el aportante deba responder de la legitimidad del crédito y de la solvencia del deudor serían inútiles en la hipótesis que contemplamos.

Además, de acuerdo con el criterio administrativo, en el aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones, los obligacionistas tienen el derecho a adquirir la cualidad de socio por el mero ejercicio de su voluntad (Art. 294 TRLSA) y no mediante la aportación de un derecho de crédito sino del ejercicio de un derecho que había nacido en el mismo momento de suscripción de las obligaciones convertibles, representando el contravalor del aumento de capital la prestación efectuada con motivo de la suscripción de las obligaciones convertibles.

De acuerdo con este criterio (consulta DGT de 22-7-1999, V 0057-99), si la entidad aportante asume deudas como contravalor de la ampliación de capital, la hipótesis debe calificarse como una ampliación de capital por compensación de créditos, que no constituye una aportación no dineraria en sentido estricto, aun cuando pueda guardar cierta similitud, dado que en este ámbito no es admitida la analogía conforme al Art. 23 LGT.

En nuestra opinión la anterior aseveración de la DGT sólo resulta coherente, en cuanto al análisis se ciña a la virtualidad de la exención en el ITPAJD, concepto operaciones societarias, exención que sí debe calificarse como un beneficio fiscal, lo que, a su vez, proscribiera el juego de la analogía.

¹⁷⁵ En esta línea el criterio administrativo descansa en la diferente ubicación normativa en sede de la LSA de la caracterización de la aportación, como contravalor del aumento del capital. A tal efecto el Art. 154 LSA contempla el aumento con aportaciones dinerarias, el 155 con aportaciones no dinerarias y el 156 el aumento por compensación de créditos. En el mismo sentido el Art. 168 RRM, apartados 1 2 y 3.

No sucede lo anterior estrictamente en el marco del diferimiento de rentas, en sede del IS, que acompaña el conocido juego de mecanismos compensatorios. Por añadidura, en principio, el desarrollo de esta modalidad de aportación no exterioriza rentas con carácter inmediato.

Por su parte la resolución del TEAC de 14 de noviembre de 2001 deniega la posibilidad de aplicación del régimen, refugiándose en las singularidades del tratamiento jurídico-mercantil que le llevan a concluir que no estamos ante “una aportación no dineraria en sentido estricto”.

Debe ponerse de relieve que el TEAC , además de intentar desagregar el supuesto del cauce de la “aportación no dineraria”¹⁷⁶ trata de invocar un segundo argumento, ahora, en cambio, anudado a la singularidad del régimen especial, “los créditos a compensar son frente a la sociedad que recibe la aportación, que entrega las acciones para saldar su deuda con la entidad acreedora-aportante por lo que no puede entenderse que haya una corriente de bienes desde la entidad aportante a la aportada, circunstancia que justifica el beneficio fiscal y que no acontece”.

En principio la interpretación flexible sintonizaría con el espíritu de la Directiva, la cual, con mayor énfasis que el Derecho interno, acepta la aportación tanto de activos como de pasivos. Cabe entender tanto *envueltos* en una rama como, en su caso, cancelándose pasivos con cargo a capital, que es la forma lógico-técnica de aportarlos de acuerdo con su esencia de índice negativo del neto patrimonial.

Ahora bien, si nos centramos en la segunda de las cuestiones que estimamos básicas, la sociedad beneficiaria ha recibido anticipadamente el contravalor de las

¹⁷⁶ Según el TEAC: “...el TR LSA en los artículos 154 a 157, referentes al aumento de capital,...da a la compensación de créditos un tratamiento individualizado...En consecuencia no puede afirmarse de manera concluyente que se esté en presencia de una aportación no dineraria en sentido estricto”.

acciones que emite, normalmente además mediante inyecciones en metálico, que engendraron el crédito a favor del luego aportante, lo que arroja un telón de duda sobre la aceptación de la hipótesis como aportación in natura (no ya por desechar el potencial juego de los pasivos). La raíz de la financiación se materializó en metálico, si bien el aumento de capital cristaliza ulteriormente mediante la técnica de la compensación.

De este modo no existe una corriente económica, esto es una traslación patrimonial conforme a los clásicos postulados del diferimiento, ni se exteriorizan inmediatamente rentas fiscales, con lo que el análisis adquiere relevancia particular en interrelación con el juego de la posible exención en el ITPAJD concepto OS, donde se constata la particularidad ya entreabierta, dado que el Art. 14 de la nueva LGT pone de manifiesto que “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

Por otra parte, si volvemos a la primera cuestión, cabe subrayar que la doctrina mercantilista se halla dividida respecto a si nos encontramos ante una “aportación no dineraria”, estimando parte de ella que el Art. 156 LSA crea un supuesto añadido junto a los de aumento mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias, si bien la corriente predominante subsume la compensación de créditos en el encaje de la aportación no dineraria.

Vicent Chuliá ¹⁷⁷ concluye que (conforme a los Arts.9 y 10 de la 2ª Directiva) no existen tres sino dos clases de aportaciones (dinerarias y no dinerarias,

¹⁷⁷ (Las operaciones..., op.cit.) P.62 a 67. Concibe que la cuestión básica consiste en determinar si en el momento de la suscripción se produce el desembolso íntegro de las acciones con cargo a la extinción de los créditos, incluso en la parte todavía no vencida de acuerdo con el Art.156. LSA, o bien si sólo se produce el desembolso en aquella parte en que es posible la compensación legal ajustada a los requisitos de los Art.1195 y 1196 CC. A tal efecto, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, estima que el Art.156 LSA alude una compensación convencional no a la que cumple los requisitos de los artículos citados del Código Civil.

englobando en este segundo molde la compensación de créditos). Según el autor esta interpretación es la más coherente con el Art.108 LIS. De otra forma habría que concluir que el aumento de capital por compensación de créditos no se hace por motivos económicos válidos en ningún caso, conforme al sentido de la cláusula antifraude.

5.5 Aportaciones no dinerarias de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

El Art. 132.2 LIS, ubicado en otro régimen especial: el de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, especifica que “Las aportaciones no dinerarias de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español disfrutarán del régimen previsto en el artículo 108 de esta Ley, cualquiera que sea el grado de participación que dichas aportaciones confieran, siempre que las rentas derivadas de dichos valores puedan disfrutar del régimen establecido en el artículo 20 bis de esta Ley”.

El régimen de las ETVE (Art. 129 a 132 LIS) abarca a aquellas entidades cuyo objeto social radique en la dirección y gestión de participaciones en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que desarrollen actividades empresariales en el extranjero, declarándose, con determinados condicionantes, la exención (como excepción al mecanismo de imputación como corrector de la doble imposición) para la entidad residente de las rentas originarias de sus participadas para evitar su doble imposición, siempre que éstas provengan de beneficios empresariales, ya se exterioricen dichos beneficios mediante la percepción de dividendos o a través de la transmisión de participaciones, exigiéndose un porcentaje de participación de al menos el 5%.

De esta manera se agiliza la gestión de dichas participaciones sobre sociedades no residentes mediante la instrumentalización de la Holding creada a tal efecto, brindándose la posibilidad de acceder al diferimiento a través del pórtico del Art. 108 LIS, con indiferencia del grado de participación, para estimular la competitividad de las empresas españolas en el marco internacional.

Lo usual será que las reseñadas aportaciones sean el instrumento de constitución de la ETVE, consistiendo su objeto en un paquete de participaciones que diversas entidades residentes detenten sobre no residentes y aporten a la nueva sociedad, para así centralizar la gestión de dichos valores. Se requiere que el objeto social primordial sea la dirección y gestión de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes de conformidad con el Art. 129 LIS.

Por otra parte el Art. 132.3 alude a aportaciones no dinerarias de valores y no al canje que podría ser el canal contractual predilecto en este ámbito. Cabría pensar, aunque sea reflexión teórica, que en cualquier caso el contexto normativo llevaría a incluir el canje de valores en esta previsión dado que no constituye, generalmente, sino una aportación cualificada. Lo que ocurre es que el Art. 97.5 construye la definición del canje precisamente en torno a la consecución de la mayoría del capital social y la acotación de este concepto parece cerrar el paso a la anterior posibilidad.

VI.CANJE DE VALORES.

6.1 Noción de “toma de control” .

De acuerdo con el Art. 97.5 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 permita obtener la mayoría de los derechos de voto en ella, 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% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad”.

El canje consiste en un negocio en el cual las contraprestaciones cruzadas se materializan en participaciones en capital, consumado entre la sociedad que toma el control de otra y los socios de ésta, en aras de la “dominación” de esta última sociedad mediante la captación de un paquete de títulos que implique una cesión de control.

Se trata de que la sociedad dominante logre controlar la gestión de la que, por ello, se transmuta en dominada, gracias a la transmisión del paquete de títulos que permitirá la imposición de su voluntad en la gestión empresarial de la dominada. A menudo constituye la primera de una serie de operaciones que irán perfilando la cualidad del control y la forma estratégica de articularlo, contribuyendo a hilvanar los grupos de sociedades.

La compañía dominante podrá expresar su consentimiento contractual en la Junta correspondiente para la realización de actos dispositivos de carácter patrimonial y decidir acerca de la forma de recuperar su inversión

De esta manera la filosofía de la reestructuración se materializa en la noción de la adquisición del control de sociedades. El eje gravita en torno a la consecución del poder de decisión en otra entidad. La expresada barrera cuantitativa, simultáneamente, conllevará la necesaria transferencia de un paquete de títulos que aparejará la de una alícuota patrimonial altamente significativa.

La noción de control es cincelada heterogéneamente mediante distintos instrumentos en nuestro ordenamiento, pivotando fundamentalmente en torno a la idea de la unidad de decisión. A tal efecto la LIS recurre como parámetro indicativo del dominio a aquel susceptible de perfilar objetivamente una definición con motivo de su concreción. Es decir al criterio consagrado en el Art. 42.1.a) del Código de Comercio, Art.2.1.a) del RD 1815/1991 para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y el Art. 87.1 LSA.

En síntesis la definición tributaria enlaza con el concepto jurídico-mercantil de sociedad dominante¹⁷⁸ si bien resulta manifiestamente circunscrito su perímetro conceptual, el cual gira en torno a un exclusivo requisito: el logro de la mayoría de derechos de voto.

El condicionante estriba pues en la obtención de la mayoría del capital social en otra entidad , computándose el umbral en términos de derechos de voto (se requiere, una participación directa con motivo de la condición de socio). Es decir de una participación previa nula, o inferior al 50 por 100, se pase a superar esta franja, requiriéndose así la consecución de mayoría absoluta en términos de

¹⁷⁸ Según el Art. 87.1 LSA "A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación".

derechos políticos. Se generaría, indirectamente, de conformidad con el Art.16 LIS, una hipótesis fáctica comprimible en la órbita de la vinculación.

Cabe cuestionarse, teóricamente, si tendría acceso la operación mediante la cual se incrementase un dominio preexistente que ya implicaba la titularidad de la mayoría de derechos de voto, puesto que, a pesar del tenor literal de la LIS, conllevaría mayor sustancia económica aumentar, por ejemplo, el umbral de control del 50 al 100% que impulsarlo del 49 al 51%.

Sin embargo la redacción resalta que el logro de la mayoría debe consumarse precisamente a través del canal jurídico del canje. El Art. 97.5 LIS incardina un nexo inmediato de causa-efecto entre la transmisión que encauza el canje y la superación de la conocida barrera.

Asimismo podríamos plantearnos si dado que la caracterización conceptual se cimenta en la captación del control político sobre otra sociedad, cabría un medio acreditativo de esa circunstancia distinto de la obtención de la mayoría, en coherencia con el abierto elenco de circunstancias acreditativas del dominio que prevé la legislación mercantil.

En este sentido en entidades de cierta dimensión, se puede ostentar el control efectivo mediante la adquisición de paquetes accionariales, los cuales conlleven un porcentaje de participación considerablemente más reducido que el que marca la LIS como mínimo.

Se trataría de acreditar la efectiva subordinación decisoria de una sociedad respecto de otra, y que este resultado se ha producido como consecuencia inmediata de la perfección del canje, aun cuando no se alcanzase la mayoría de derechos de voto.

Sin embargo la norma fiscal no articula la obtención de la mayoría de derechos de voto como un elemento de prueba, en el contexto de un *numerus apertus* de medios, como lo hace el Art.87.1 LSA. A su vez no cabe entender supletorio este último precepto, puesto que el requisito objetivizado por la LIS cincela los propios perfiles estructurales del canje.

Es decir, simplemente, de entre los seleccionados por el Derecho Mercantil se escoge uno tangible, un indicador concreto del dominio que se agota en sí mismo, lo que cercena la posibilidad interpretativa antedicha.

No se exige ningún condicionante en cuanto al mantenimiento temporal de los títulos. Esta omisión resulta llamativa en el marco de esta operación, cuyo eje es la toma de control político idea que presupone implícita una mínima estabilidad, aunque se ajusta a la versatilidad que demanda el tráfico mercantil.

Asimismo, con mayor motivo, no podría vulnerar la calificación de canje el hecho de que la participación adquirida se diluyese con posterioridad, mediante una ampliación de capital efectuada por la sociedad participada.

6.2 Análisis de la definitoria.

A nuestros efectos, habida cuenta de que el canje, normalmente, no es sino una modalidad de aportación no dineraria, puede instrumentarse a través de los mismos negocios traslativos.

De este modo la compañía dominante podría entregar, a través de un negocio jurídico de permuta, acciones propias en autocartera que poseyese en su activo,

conforme a los requisitos del Art.75 LSA. La LIS sustrae la calificación fiscal de este supuesto de su cauce ordinario, reconduciéndolo, a efectos del diferimiento, al de la “aportación no dineraria”.

Puede observarse que, si lo aportado son participaciones en el capital de otras entidades, el negocio jurídico en cuestión, aparentemente, en algunos casos, puede encajar tanto en el concepto de aportación no dineraria especial como en el del canje, teniendo en cuenta las divergencias en el respectivo régimen regulador.

En este supuesto puede interpretarse o bien que la calificación, y la consiguiente sujeción al régimen normativo predominante, queda al libre arbitrio de los sujetos, o bien que de las coordinadas normativas debe deducirse el natural predominio de una u otra solución.

En nuestra opinión la hipótesis de aportación no dineraria de valores representativos del capital social, en un grado tal que conlleve la captación del control político, es manifiestamente más restringida y acotada, con lo que debiera prevalecer la norma más específica, esto es la que regula el canje de valores¹⁷⁹.

El Art.97.5 LIS hace hincapié en que la adquisición de la participación en el capital social debe implicar la obtención de la mayoría de derechos de voto. Se coloca el énfasis pues, de entre el conjunto de derechos que a su titular legítimo confiere la acción, en el de asistir y votar en las Juntas Generales.

De acuerdo con el Art.90 LSA “Las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho a voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado.

¹⁷⁹ Esta es también la interpretación de López Santacruz J.A. (“ Modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por normas aprobadas a lo largo del año 2000” , Fiscal Mes a Mes, Editorial Francis Lefebvre, Marzo 2001, nº 61, P.15 y 16) que apoya su opinión en que “de la sistemática de la LIS parece desprenderse que la misma considera como operaciones principales las reguladas de forma expresa en el artículo 97...y no la aportación no dineraria especial”.

A tal, efecto no deben considerarse, como se deduce claramente de la letra del Art.97.5 LIS, las acciones sin derecho a voto para determinar el umbral de participación¹⁸⁰, ni ,lógicamente, los bonos de disfrute que sólo confieren a su titular derechos económicos. Cabría, en cambio, considerar a tal efecto las acciones rescatables que otorgan derechos políticos (entre ellos el de voto) y económicos.

Precisamente una funcionalidad que puede tener la acción sin derecho de voto es a la vez que obtener financiación propia, blindar a la sociedad como mecanismo protector ante OPAS hostiles instrumentadas mediante canjes de valores.

Podemos detectar una asimetría con el régimen de consolidación fiscal, teniendo en cuenta que a menudo el grupo fiscal puede ser *cinzelado* a través de canjes de valores, en cuyo marco sí se computan las acciones sin derecho a voto para computar el cumplimiento del requisito de participación en el 75% en el capital de la respectiva entidad dependiente.

En cualquier caso una vez aceptada la calificación negocial, el régimen tributario se aplicará a la operación en su conjunto y no únicamente a la transferencia de aquellos valores que determinen la adquisición estricta de los derechos de voto.

Una operación típica del tráfico mercantil como es el simple y “directo” intercambio accionario entre entidades no tendría cabida tal cual a nuestros efectos. El trueque accionario precisaría la intervención orgánica de los socios de la firma “dominada”, sean éstos personas físicas o jurídicas. De la misma forma no cabe el intercambio accionario entre los socios de dos sociedades, el cual se asimilaría fiscalmente a una permuta.

¹⁸⁰ En este sentido no debieran considerarse los derechos correspondientes a las acciones propias, por cuanto (Art. 79 LSA) para ellas queda en suspenso el derecho de voto y demás derechos políticos.

Resultaría, en principio, indiferente la naturaleza divergente de las participaciones financieras intercambiadas en coherencia con el posible heterogéneo formato jurídico de las entidades partícipes. Por ejemplo no puede objetarse reparo alguno por el hecho de que el canje se instrumente por una sociedad anónima que tomase el control de una sociedad limitada.

El Art. 67 TRLSA establece que “ en el caso de usufructo de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario ”. Nada afecta el derecho real de usufructo a la virtualidad del derecho a voto. El derecho a participar en la operación corresponde a los nudos propietarios, al ser éstos los que tienen la cualidad de socios, y en consecuencia les resulta de proyección el régimen especial.

Ahora bien, en cuanto a la posición del usufructuario, siempre que en el título constitutivo del usufructo no se hubiera establecido la extinción del mismo, con motivo del canje, y que aquél conserve sus derechos económicos, sin más que la modificación del activo subyacente en el usufructo, el adecuado entendimiento del principio de neutralidad debe determinar que ninguno de los titulares de los derechos inherentes a los títulos se vean afectados fiscalmente por causa del canje, pues la renta fiscal imputable al usufructuario dimanaría inequívocamente del negocio jurídico del canje y el Art. 101 LIS, sin diferenciar, excluye de gravamen, condicionadamente, las rentas conectadas con la operación¹⁸¹.

Es decir el criterio de interpretación coherente con los postulados de la neutralidad es eminentemente objetivo, tendente a desconocer los efectos tributarios de la transmisión acaecida, sin perjuicio de que, obviamente, la proyección concreta incida sobre las respectivas posiciones subjetivas.

¹⁸¹ En esta línea se pronuncia la consulta DGT de 1-3-2000 (0404-00) o de 1-8-2002 (cv 0042-02).

Como destacó Castromil¹⁸² la LIS “no parece imponer un intercambio de acciones generalizado a todo el accionariado de la sociedad dominada y sí parece permitir un intercambio con tan sólo alguno o algunos de la sociedad dominada, quedando al margen de la operación los restantes socios, cuya situación minoritaria antes y después no se varía”.

Es decir, a título de ejemplo, el canje puede consumarse, sin particularidad, entre la sociedad que pasa a captar el dominio y un único socio (o algunos de ellos) de la que se convierte en dominada. En este caso el referido socio sería el anteriormente dominante (en el sentido jurídico-mercantil).

La operación debe estructurarse, obviamente, mediante un negocio jurídico jurídica unitario. No son aceptables las operaciones diseñadas “por tramos”, dado que tenemos que atender a coordinadas estrictamente jurídicas y no económicas.

De otro lado si se asumiesen, como compensación “directa” del canje, por la entidad adquirente, préstamos personales de los socios se estaría efectuando, de hecho, la transmisión de una obligación de pago, con lo que tal diseño podría ser encajado en el régimen.

En este sentido la consulta DGT de 16/2/1999 (cv, nº 0003-99) concluyó que no podía acogerse al diferimiento el canje, por el cual la entidad adquirente entrega acciones representativas de su capital social y otros valores (Warrant) negociables emitidas por ella para otorgar a su titular derechos económicos.

¹⁸² Castromil F. (“El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”, Impuestos nº10, mayo 1992 , P.57).

En definitiva la LIS sólo admite la contraprestación plasmada en valores y el tasado porcentaje en metálico. Cualquier otra manera de retribuir a los socios de la entidad dominada ocasionaría el incumplimiento de la calificación fiscal de canje.

La admisión de la limitada compensación líquida demuestra los originales contornos de la operación, puesto que este instrumento excepcional sólo opera excepcionalmente, en el Derecho Mercantil, para permitir la concreción de la ecuación de canje, insertada como pieza de determinados negocios complejos (fusión y escisión).

No existe pues en el Derecho Privado un negocio tipificado que incorpore, en una estructura contractual unitaria, esta mezcla de contraprestaciones entre metálico y valores mobiliarios. La calificación fiscal (a efectos como el del ITPAJD), sin la previsión del Art.97.5 LIS, debería bifurcarse y detectar una permuta por la porción patrimonial canjeada en contrapartida de acciones viejas (o un aumento de capital por las nuevas), y una compraventa por la adquirida con cargo a efectivo. O bien un aumento de capital con aportaciones metálicas y en especie, según el diseño escogido, con la consiguiente natural aplicación de la imposición engarzada a estos cauces.

Podríamos estimar extrapolada la concepción jurídico privada de esta compensación líquida como excepcional y enfocada específicamente a equilibrar el valor económico de las contraprestaciones en títulos. Podría entenderse defendible, desde una interpretación sistemática, la extensión de dicha acepción a este terreno y entender viciada la compensación si cubre finalidades sustantivas divergentes de aquella que le es intrínseca.

Ahora bien la anterior reflexión es puramente teórica, máxime dada la compleja tasación de los valores mobiliarios. En la práctica, podría aprovecharse la compensación como medio adecuado para satisfacer el sobreprecio (prima de

control) que usualmente acompañará a la adquisición del control cuando la mayoría de los derechos de voto se encuentran concentrados en un solo socio o en un grupo reducido de ellos, cualidad económicamente valuable atribuible a las acciones tal cual y no ya al neto patrimonial que representan.

6.3 El canje de valores en el contexto de la adquisición de “paquetes de control”.

No existe, en nuestro ordenamiento, un cuerpo normativo ,medianamente coherente, constitutivo del denominado “Derecho de los grupos de sociedades”. No obstante el grupo se vertebra en interrelación con el vector conceptual de la participación en el capital. De esta forma el canje se erige en un conducto jurídico idóneo para cincelar su diseño.

El canje puede desembocar en la constitución de una sociedad patrimonial, usualmente entidades holding, en la cual más de la mitad de su activo esté compuesto por valores. La previsión del Art. 75.1.a LIS, en su redacción vigente para los períodos impositivos iniciados antes del 1 de enero de 2003, podía agilizar la virtualidad de este instrumento , ya que al descartar de acuerdo con unos parámetros la virtualidad del antiguo régimen de transparencia fiscal, permitía la correlativa operatividad del régimen de los grupos de sociedades, dado que la condición de sociedad dominante (Art.81.2.d) LIS) era incompatible con la anterior institución.

Por su parte el Art. 108 LMV proyecta determinadas consecuencias tributarias para el supuesto de determinadas transmisiones de valores que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades, cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados

en territorio nacional, siempre que como resultado de dicha adquisición el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades. En concreto, tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital superior al 50%.

La consecuencia derivada, de cumplimentar el presupuesto de este precepto, sería la tributación por el ITPAJD concepto TPO, por entender el legislador que la enajenación de valores encubre una transmisión de inmuebles.

Así pues existe un posible terreno común entre el Art. 108 LMV y 97.5 LIS (sin entrar en este apartado acerca de su compatibilidad), a pesar de que el Art. 108 LMV no alude a derechos de voto, en caso de que el canje instrumente la “dominación” de una sociedad cuyo activo estuviese constituido en al menos el 50% por inmuebles. Esta circunstancia puede inducir a los diseñadores de la operación a no traspasar el referido porcentaje de participación, en el capital social, aunque ello conlleve la no asimilación de la operación al canje del Art. 97.5 LIS.

6.3.1 Breve alusión a las OPAS.

El canje puede enmarcarse en el específico contexto de adquisición de valores, que coticen en mercados secundarios organizados, a través del mecanismo de la Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPAS).

Esta operación, de gran funcionalidad en el moderno tráfico económico, precisamente va enfocada a la consecución de una participación significativa del capital a un precio prefijado, con la consiguiente toma de control sobre una empresa. Consiste en una oferta pública de compra de un determinado porcentaje

accionarial, durante un tiempo y a un precio estipulado, que generalmente excede con creces el de cotización.

La OPA opera como instrumento corrector de ineficiencias en el proceso de formación de precios en los mercados financieros. El mecanismo de atracción, para que los accionistas enajenen sus títulos, suele estar constituido por la prima ofrecida sobre el precio de mercado de las acciones.

La normativa reguladora de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores (Real decreto 1197/1991, de 26 de julio) prevé que ésta se encauce como compraventa o permuta, o como ambas a la vez, admitiendo contraprestaciones mixtas, en dinero y en especie.

Sin embargo no todas estas operaciones podrían quedar amparadas por el régimen fiscal, sino que deberían ajustarse a los linderos del Art.97.5 LIS, el cual permite una combinación tasada de metálico y títulos para cuajar las contraprestaciones. La DGT (por ejemplo consulta de 29/1/1999) ha aceptado, como ya se desprendía, que la posibilidad de aplicación del régimen no queda afectada por la canalización del canje a través de una OPA siempre que se den los requisitos pertinentes.

VII. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 43/95. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION CONSUMADAS POR ENTIDADES DISTINTAS DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Esta disposición indica que “El régimen tributario previsto en el capítulo VIII del título VIII de esta Ley será igualmente aplicable a las operaciones en las que

intervengan sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en el artículo 97 de esta Ley”.

El precepto transcribe una terminología tanto indeterminada como aparentemente superflua. De lo que se trata, para determinar la aplicabilidad del régimen, es de que las operaciones jurídicas estructuradas puedan subsumirse en la definitoria, sin que evidentemente puedan incluirse, en ningún caso, *otras* que conlleven “resultados económicos similares”. El principio de seguridad jurídica y la coherencia técnica taponan tajantemente esta interpretación. Por consiguiente, más allá de su tenor literal, debemos profundizar para atemperar su verdadero significado.

La Ley 43/95 utiliza, indirectamente, a la hora de delimitar el espectro de los potenciales partícipes de las operaciones, el término “entidades”, el cual, en coherencia con el Art. 7.2 LIS, ya presupone la sujeción pasiva al IS y la consiguiente posible proyección del régimen especial.

En cualquier caso el régimen se edifica simplemente sobre la caracterización objetiva de los negocios protegidos. Paralelamente, por inercia, queda definido el ámbito subjetivo. El perímetro subjetivo de aplicación resultará delimitado pues, primero, por la necesidad de que los sujetos partícipes sean sujetos pasivos del IS, y, segundo, porque puedan perfeccionar, conforme a derecho, con las matizaciones que se expresarán, las respectivas operaciones, pues, lógicamente, en otro caso no se engendrarían jurídicamente las mismas.

En realidad, si profundizamos, el precepto quiere efectuar una expresa aclaración interpretativa de la sistemática. No resulta ocioso, por tanto, porque conecta con la sustanciosa polémica de fondo, ya entreabierta en el Capítulo I,

respecto a si ciertos negocios jurídicos efectuados por determinados entes pueden realmente merecer el calificativo de fusión o escisión, dadas las considerables dudas que pudieran suscitarse.

A nuestros efectos, en este contexto, se manifestará con especial estridencia el vicio de los desajustes entre las esferas disciplinares implicadas, las cuales chirriarán en su sincronización de un modo llamativo. El legislador, consciente de este problema, sale al paso de posibles interpretaciones no acordes con el espíritu que inspira el sistema.

En esta línea la disposición explicita la voluntad del legislador de que la interpretación sea elástica y trascienda determinados impedimentos de índole técnica, en absoluto despreciables, que podrían bloquear la posibilidad de subsunción de estas envolturas contractuales en los específicos conductos tipificados por la LIS.

En definitiva se introduce una aclaración del espíritu que en la Ley quiso encerrar quien la dictó (*mens legislatoris*) para abarcar, entre otras, operaciones consumadas, por entidades que desempeñan funciones mixtas (benéfico-sociales entremezcladas con puramente capitalistas), cuyas notables peculiaridades estructurales inherentes podrían impedir, sin la presencia de esta matización expresa, su acogimiento en el régimen.

En primer lugar, dada la estricta remisión al Art. 97 LIS que realiza la Disposición, podría discutirse su extrapolación al ámbito de la aportación no dineraria especial (tipificada en el Art. 108). No obstante parece evidente que cabe dicha posibilidad puesto que el precepto sólo intenta marcar una orientación interpretativa provista de eficacia sobre toda la órbita objetiva del régimen.

Los artículos 97 y 108 LIS (que definen las operaciones) no precisan

implícitamente el formato de sociedad mercantil, para las entidades partícipes, sino obviamente en la medida en que correlativamente ello fuese necesario en aras de la armoniosa perfección de cada formato negocial.

En cualquier caso existen premisas insoslayables derivadas de la lógica íntima que cimenta el sistema. A tal efecto si, con motivo de la operación, nacen entidades jurídicas nuevas, que serán las adquirentes de los elementos, éstas deben ser sujetos pasivos del IS. Ello se deduce de la simple filosofía de la mecánica del traslado de rentas.

La disposición lo que pone de relieve es que si la legislación sustantiva *entrelazada* a determinados entes, admite la perfección de estos negocios, esta circunstancia debe arrastrar a la calificación fiscal, siempre que a su vez se cumplimenten los mínimos rasgos definitorios selectivos de la LIS ¹⁸³, cuya apreciación, según resaltaremos, además puede quedar relativamente matizada.

Ahora bien, simultáneamente, el legislador es consciente de la connotación de subjetividad que incorpora la regulación mercantil de las operaciones, en el sentido de que la única normativa sustantiva elaborada (fundamentalmente en el caso de la fusión y escisión), se circunscribe al perímetro de las sociedades mercantiles.

De hecho la posibilidad de extrapolación de las operaciones de modificación estructural (en particular fusión y escisión) a la órbita normativa, propia de determinados entes distintos de sociedades mercantiles, obedece a las necesidades prácticas del tráfico, pues también estas entidades interactúan en el mercado, a menudo compitiendo con las sociedades mercantiles, sin que resulte oportuno, desde un ángulo de neutralidad, privarles de estas herramientas jurídicas. Sin

¹⁸³ Por ejemplo la consulta DGT de 18 de junio de 2001 (1188-01) concluye que ningún precepto impide que una fundación en cuanto sujeto pasivo del impuesto pueda participar en una de las operaciones reguladas en el Art.97 LIS siempre y cuando se cumplan los requisitos contenidos en su articulado.

embargo el problema radica en que la apertura de esta posibilidad no se halla resguardada por la calidad técnica de la normativa sustantiva actual.

En primer lugar late una gran inseguridad en torno a si efectivamente estas operaciones pueden ser efectuadas por determinados sujetos (cooperativas, fundaciones, cajas de ahorros, fondos de inversión, sociedades de inversión mobiliaria etc.). En segundo lugar existe una suma indefinición respecto de la sustancial identidad jurídica de los negocios que, de hecho, consumen estas entidades (más allá del nomen iuris formal) con aquellos tipificados en la LSA los cuales, en este momento de evolución jurídica, si se permite la expresión, se corresponden con las “auténticas operaciones de fusión, escisión etc.”

Se aprecia una colisión, no resuelta definitivamente, entre la excepcionalidad de los efectos jurídicos asociados y el interés en el triunfo de la directriz de la conservación empresarial. En este sentido, a pesar de la escasísima robustez de la regulación jurídico-privada prevista para las operaciones de reorganización realizadas por estos entes, los imperativos económicos han inducido a concebirlas como instrumentos jurídicamente funcionales para determinadas entidades.

A su vez, paralelamente, el legislador tributario pretende diseñar un régimen que tutele los procesos de reorganización de explotaciones económicas, con independencia, en la medida en que no se pugne con postulados técnico jurídicos insalvables, de la concreta vestidura jurídica envolvente de la explotación¹⁸⁴.

En este marco, en principio, el Derecho supletorio no ya sólo no brinda basamento alguno a la interpretación tributaria sino que se erige en un poderoso factor de distorsión potencial, lo que vincula al legislador fiscal a explicitar cuál

¹⁸⁴ En coherencia con el Informe Ruding las propuestas de modificación de 26 de julio de 1993 de las Directivas 90/434/CEE sobre fusiones y 90/435/CEE sobre sociedades filiales y matrices, proponen extender el régimen fiscal común a todas las empresas sujetas al IS, con independencia de su forma jurídica.

debe ser el foco que suministre sentido a la interpretación, en este concreto contexto.

Por añadidura ,en este campo, se entrecruzan otros parámetros suplementarios que agudizan la complejidad latente. A menudo, como complicación adicional, las entidades estarán sujetas (con motivo de su formato jurídico) a un régimen especial de tributación ordinaria en el IS.

De este modo a la dispersión y precariedad del Derecho supletorio se suma otro factor de asimetría: la posible disparidad en los regímenes ordinarios de imposición sobre la renta. La divergente estructura liquidatoria que se proyectaría *en destino* “sobre el patrimonio transferido” (en sede de la entidad adquirente) obligará al legislador a remendar la usual virtualidad de los broches técnicos configuradores del régimen (segundo compartimento), como comentaremos en su momento. La confluencia de estos condicionantes obligará a pulir el entendimiento de las disposiciones normativas mediante una interpretación integradora.

En principio en nuestro Derecho pueden encontrar recepción tanto las fusiones “mixtas” (entre entidades con distinto formato social) como las “heterogéneas” (con falta de identidad entre la naturaleza jurídica de los sujetos participantes).

En el segundo supuesto la regla general, en nuestro ordenamiento, consiste en la imposibilidad de que puedan fusionarse (o escindirse) entidades con diferenciada naturaleza jurídica. Sin embargo, la protección al pluralismo empresarial ha conducido a aisladas pero significativas excepciones.

En esta línea el Art. 67 de la Ley de Cooperativas permite que una cooperativa se fusione con entidades de cualquier naturaleza jurídica, a no ser que exista norma

de rango legal en contrario ¹⁸⁵. Del mismo modo determinados sujetos pasivos sui generis del IS, como los fondos de inversión mobiliaria (regulados en la Ley 46/1984 sobre las Instituciones de Inversión Colectiva) pueden fusionarse con arreglo a su normativa de desarrollo singular.

Cabe mencionar que existe un *procedimiento escalonado* o “por pasos”, de esencia más neutral, que puede vislumbrarse mediante el encauzamiento de dos negocios jurídicos, consistente en acometer una transformación societaria para, con posterioridad, una vez salvado el escollo mencionado y encontrado cobijo el formato jurídico de la entidad partícipe en el tipo social oportuno, perfeccionar la respectiva operación¹⁸⁶.

Las deficiencias en la regulación sustantiva pueden conllevar implicaciones fiscales, indirectas, anudadas o no a las que suscita el eje del régimen especial objeto de estudio, derivadas de la inferior rigurosidad de la regulación del desarrollo contractual respectivo (por ejemplo en cuanto a la solidez de las valoraciones patrimoniales), a pesar de que, en determinados puntos se han extrapolado expresamente las soluciones explicitadas en la LSA¹⁸⁷, con la consiguiente repercusión indirecta sobre la interpretación tributaria.

La atención, una vez que la norma fiscal se resigna al acogimiento de estas operaciones, se centrará en aquellos puntos en que pueda quebrar el respeto a la neutralidad debida. Los problemas técnicos pueden hallarse encadenados. En concreto el criterio administrativo, de una manera significativa, centra su atención

¹⁸⁵ La Ley 30/1995, sobre Ordenación de los Seguros Privados, consiente la absorción de mutuas, cooperativas de seguros y mutualidades de previsión social por sociedades anónimas de seguros. Asimismo, dentro del sector financiero, las cooperativas de crédito pueden ser adquiridas por sociedades anónimas bancarias o cajas de ahorros.

¹⁸⁶ En otras ocasiones se ha acudido a la disolución con cesión global del activo y del pasivo como expediente para esquivar las cortapisas conectadas con la fusión “strictu sensu”.

¹⁸⁷ El Art. 94 de la Ley General de Cooperativas destaca que las sociedades cooperativas en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reembolso de las aportaciones de capital social a los socios o asociados.

central en que la atribución de títulos cristalice con arreglo a un sistema de proporcionalidad ¹⁸⁸.

Por ejemplo baste pensar en la sustancial heterogeneidad entre los títulos que conceden la cualidad de socio y deben ser objeto de canje. A estos efectos debiera interesar la continuidad en el fondo económico, en la participación o cuota ideal del socio sobre el patrimonio respectivo. A tal efecto si, en el proceso de determinación del tipo de canje, no se observase un sistema de proporcionalidad, en la atribución de valores, podrían *solaparse* desplazamientos patrimoniales superpuestos al que origina la transmisión central, que es el único que quiere exonerarse de tributación.

7.1 Esquema de interpretación.

En principio no resulta nítida la significación de la mención de la Disposición a los “resultados equivalentes”, para admitir la acogida de las operaciones en la sistemática tributaria. Puede referirse a la equivalencia en el *producto económico* en que desemboca la operación o, más bien, adscribirse al modo en que la LIS cristaliza los rasgos conceptuales desagregados de los negocios jurídicos, los cuales manifestarían naturales divergencias técnicas en función del formato subjetivo de la entidad partícipe, con lo que la mención a la “equivalencia” exteriorizaría una nota de flexibilidad debida a la hora de su apreciación.

En cualquier caso, en virtud de un elemental principio de coherencia técnica, debe desecharse la primera tesis. En ningún caso, bajo una óptica de calificación jurídica, cabe englobar operaciones distintas de las tipificadas que conduzcan a un

¹⁸⁸ Podríamos citar la consulta DGT de 20-5-1997 (1021-97).

“resultado económico equivalente”.

Aparentemente pues la Disposición quiere poner de relieve que las especialidades advertidas en la génesis de los requisitos estructurales, que obedezcan simplemente a aquellas particularidades inherentes al *ropaje* jurídica de la entidad, no deben representar un freno para que las operaciones puedan acogerse al régimen.

Así pues, en este concreto contexto, quiere incardinarse un mandato en orden a la elasticidad, en el sentido de que la constatación de especialidades técnicas, asociadas al formato subjetivo, en la gestación de los rasgos estructurales característicos de las operaciones, debe representar una cuestión colateral carente de repercusión inmediata sobre la definitiva tributaria.

Ahora bien el grado de inseguridad consiguiente es inevitable. La interpretación deberá atender a la esencia de los rasgos estructurales, la cual no puede ser salvada, que es lo que entendemos que pretende indicar la invocación a la “equivalencia”, omitiendo, eso sí, las disparidades puramente técnicas o formales dimanantes del formato subjetivo de la entidad.

De este modo, a título de ejemplo, un “resultado equivalente”, en el marco de la fusión, requeriría la integración de los “socios” del ente transmitente en la esfera subjetiva de la adquirente¹⁸⁹, sin que sea óbice, a nuestros efectos, que se produjese el intercambio de títulos, que otorgan la condición de socio, de naturaleza heterogénea, por ejemplo acciones a cambio de cuotas participativas. Podemos indicar, no obstante, las connotaciones técnicas tan particulares que revisten requisitos como el de la “transmisión en bloque”.

¹⁸⁹ La consulta DGT de 8 de mayo de 2002 (0702-02) interpretó que una operación por la que una Asociación profesional pretende disolverse sin liquidación, transmitiendo todo su patrimonio al Colegio Oficial correspondiente, produce unos resultados equivalentes a los propios de la fusión, en la medida en que los miembros de dicha Asociación pasen a serlo del colegio Oficial, pudiendo acogerse la operación al régimen especial.

Paralelamente la definitoria de la LIS transcribe, cabe concebir que por mera inercia, vocablos técnicos propios de las sociedades mercantiles de capital (valores representativos del capital social, socios etc.), a cuyo efecto la remisión vincula a amoldarse, bajo la directriz invocada de la versatilidad, a la terminología técnica inherente a cada entidad.

En segundo lugar, desde una perspectiva global, la invocación a la “equivalencia” induce a considerar un concepto laxo y no estricto de las operaciones¹⁹⁰, ignorando objeciones técnico-jurídicas de índole dogmática. Ahora bien ello no implica que baste, para la calificación fiscal, la simple coincidencia formal en el nomen iuris de las operaciones, sino que deberán cumplimentarse los rasgos que erigen el concepto tributario. Lo que sí puede significar, en su caso, es el relativo franqueo de la dimensión dinámica de la interpretación, según resaltamos en el capítulo I.

No obstante, en ocasiones, la DGT “aprovecha” el *resbaladizo* terreno para efectuar una interpretación auténtica conectando con el espíritu de la norma, para endurecer las condiciones de acceso al régimen. Se trata de una muestra de la inseguridad que el planteamiento proporciona y que puede conducir a que el mecanismo interpretativo tenga que descansar en varios planos superpuestos, ante la imposibilidad de extraer directamente la solución del presupuesto juridificado.

A título de ejemplo en la consulta DGT de 26 de abril de 2000 (0930-00) se plantea una hipótesis en que una sociedad agraria de transformación (sujeto pasivo del IS) pretende disolverse mediante una escisión total, sin liquidación, mediante la adjudicación de lotes de sus bienes y derechos a siete sociedades de responsabilidad

¹⁹⁰ Vicent Chuliá F. (Las operaciones societarias..., op.cit. P.38 y 39) concibe un concepto estricto y otro amplio de fusión. En sentido estricto “es un procedimiento legal de concentración de empresas propio del Derecho de sociedades, regulado en la LSA para todas las sociedades mercantiles, de nacionalidad española (inscritas en el RRM), que permite obtener efectos jurídicos excepcionales en relación con el Derecho Común... Pero podemos formular un concepto amplio de fusión que incluya la que se produce entre sociedades civiles y mercantiles y entre entidades sin base asociativa de pluralidad de personas”.

limitada constituidas por los siete socios, observando una regla de proporcionalidad.

La DGT reconoce que el supuesto produce unos efectos *equivalentes* a los de una disolución con liquidación, como solicita el concepto de escisión “tributaria”. Ahora bien interpreta que el hecho de que la entidad partícipe sea una sociedad civil, de carácter personalista y dotada de una finalidad económico-social muy singular, impide apreciar una escisión en los términos previstos en la LIS. Dicha solución, mediante una interpretación espiritualista, se cimenta en que la esencia del rasgo de disolución sin liquidación enlaza con la cualidad de la conservación de la empresa.

Es cierto que la interpretación debe hacerse a la luz de los principios del régimen especial. Ahora bien la SAT es sujeto pasivo del IS (ámbito subjetivo) y la operación cumplimenta “resultados equivalentes” en el sentido repetido (ámbito objetivo). De esta manera, en todo caso, la recalificación debiera reconducirse, evitando cualquier automatismo, a un expediente de fraude de ley, que la fundamentase adecuadamente.

En este contexto podemos cuestionarnos acerca del Derecho supletorio que debe alimentar la interpretación tributaria el cual, en principio, debe ser el Derecho sustantivo que pacíficamente prospere en esta esfera. En cualquier caso entretanto no se promulgue una ley, con vocación sistemática, de modificaciones estructurales¹⁹¹ la solución acerca del juego del Derecho Privado debe estribar, como destaca la doctrina ¹⁹², en la aplicación analógica de la regulación vertida en la LSA, en cuanto se aprecie una identidad de razón. Por consiguiente, a través del itinerario de un doble mecanismo remisivo, la normativa de la LSA podría gozar de

¹⁹¹ En la ley alemana de modificaciones estructurales se afronta globalmente la regulación de las operaciones de esta índole, previéndose disposiciones singulares según el tipo social.

¹⁹² Así lo entiende Vañó M.J. (Las operaciones societarias..., Op.Cit.P. 282).

eficacia, en el sentido expuesto, en sede de la LIS.

En realidad, no obstante, la invocación a la “equivalencia” conlleva el reconocimiento tácito de la ruptura del enlace rectilíneo del concepto fiscal con su referente mercantil, al menos de modo indubitado.

Es cierto que el basamento debiera ser la esencia técnica jurídica de las operaciones (dimensión conceptual dinámica). Sin embargo no podemos ignorar que la confluencia de la expresión (“resultados equivalentes”) con el remachado vacío normativo concluye, de hecho, como implícitamente ha reconocido el criterio administrativo, sin perjuicio de lo antedicho, en la posibilidad de una desagregación conceptual relativa en el sentido conocido para las operaciones efectuadas por entes distintos de sociedades mercantiles.

De esta manera, por ejemplo, la DGT ¹⁹³ ha calificado como “escisión fiscal” una operación a través de la cual una sociedad agraria de transformación reduce su capital, entregando a cada uno de sus socios la parte proporcional correspondiente de las participaciones sociales suscritas en la ampliación de capital de una sociedad mercantil.

El criterio administrativo admite que la operación produce efectos equivalentes a los del Art.97.2.1.b) LIS. Parece evidente la posibilidad que late de obviar la barrera que representa la dimensión dinámica del concepto, enlazada al referente jurídico mercantil.

Es decir la acumulación de rasgos estructurales puede, de hecho, desembocar en la comprensión de ciertos formatos contractuales *atípicos* en el régimen aunque la voluntad del legislador simplemente se encaminase a ilustrar acerca cómo debe cristalizar la interpretación en el sentido enunciado.

¹⁹³ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 13 de junio de 2001 (cv n°0046-01) o la consulta DGT de 30-3-2001 (cv n°0016-01).

La LSA puede resultar indirectamente aplicable a estas operaciones por vía analógica, ante la constancia de lagunas normativas, previo estudio individualizado de la posible identidad de razón. No obstante esta posible intercomunicación coyuntural no autoriza el correlativo reenvío de la normativa de la LSA, con carácter supletorio, al ámbito de la ley fiscal, sino previo análisis individualizado de la hipótesis.

Por su parte la DGT no se resigna, pese a las constataciones vertidas, a abandonar el esquema descrito dirigido a que el concepto jurídico-privado (y el consiguiente cauce regulador inscrito en la LSA) actúe como red selectiva del *productio* dimanante de la confluencia de rasgos estructurales ¹⁹⁴, siquiera formalmente, sin perjuicio de que, como anteriormente hemos destacado, admita, según el supuesto, la conclusión contraria que, en nuestra opinión, desmiente la eficacia inmediata de semejante esquema.

En definitiva en este terreno se produce una contaminación del esquema interpretativo expuesto, originándose una cierta desatención al referente negocial. El foco interpretativo dinámico carece de su ordinaria operatividad a la hora de iluminar acerca de la suficiencia de la concurrencia de unas notas estáticas estructurales, resultado que, en ocasiones, no necesitará ser convalidado por el tamiz del espíritu negocial.

Evidentemente, a la inversa, el concepto mercantil de la operación no debiera operar como filtro, en el sentido que conocemos, sino previo análisis individualizado.

Esta conclusión introduce una manifiesta fisura técnica, así como una

¹⁹⁴ La consulta DGT de 31/3/2000 (cv nº 0040-00) acepta que un proceso de fusión de sociedades de inversión mobiliaria, en la medida que el supuesto se realice al amparo del Art.233 y siguientes de la LSA, cumpliría las condiciones establecidas en la LIS para ser considerada como una fusión.

apreciable dosis de inseguridad jurídica. No queda claro, en este contexto, si es suficiente la presencia de unos rasgos estructurales o es imperioso que la “fusión o escisión fiscal” ostente simultáneamente esta calificación para el Derecho de Sociedades.

En nuestra opinión debiera matizarse el sentido de la expresión “resultados equivalentes”, en coherencia con la noción reseñada que latía en la mente del legislador, desplegando una interpretación de carácter individualizado. En este contexto, ante la imposibilidad de una solución óptima, habría que intentar cristalizar aquella más racional que minimizase las imperfecciones añadidas.

Así pues, para decidir acerca de la admisibilidad de cada operación, debiera advertirse, primero, si se cumplimenta el requisito de los “resultados equivalentes”, acoplándose el intérprete al mandato de versatilidad en la apreciación de los rasgos estructurales que la vertebran.

En segundo lugar, desde una perspectiva que conecte con el espíritu negocial, debiera concluirse si efectivamente nos hallamos ante una “fusión, escisión, canje etc.” en la medida que ello quepa en esta sede normativa, relativizando para ello ciertos obstáculos técnicos. De otro modo las previsibles distorsiones podrían alcanzar una cota difícilmente tolerable, puesto que se desharía cualquier engarce con el referente negocial, el cual entendemos que debe persistir, por frágil que pueda antojarse.

CAPITULO IV.

I. INTRODUCCION.

De conformidad con la estructuración jurídica de las operaciones, con independencia del fondo económico, tendrán la consideración de entidades transmitentes: las sociedades absorbidas o disueltas en la fusión, las que se escinden y las que aportan a otra una rama de actividad. Por su parte entidades adquirentes serán las receptoras de los patrimonios.

La posición fiscal de los socios de la entidad transmitente es contemplada por el régimen, debido a que el canje de sus participaciones por las de la firma adquirente es presupuesto básico para perfeccionar la fusión y escisión.

El tejido normativo que materializa la mecánica del diferimiento tratará de armonizar los efectos tributarios concernientes a estos tres sujetos. No son objeto de atención los socios de la entidad adquirente, puesto que, como consecuencia de los procesos, no se proyecta sobre ellos ninguna repercusión tributaria inmediata.

En el presente capítulo vamos analizar el que denominamos “segundo compartimiento del sistema”, cuyas piezas están dirigidas, en exclusivo engarce con la mecánica liquidatoria de la imposición sobre la renta, a inhibir las rentas fiscales que se integrarían en la base imponible sintética del IS, de no operar el régimen especial, con motivo de las plusvalías manifestadas, o bien las ganancias y pérdidas patrimoniales que asimismo se integrarían en base imponible del IRPF de los aportantes y socios personas físicas, en este caso dada la desagregación en la determinación de la base imponible, en concepto de rendimientos de actividades económicas.

A tal efecto observaremos como, entre otras circunstancias, los vicios derivados de la irregular estratificación de las operaciones, repercutirán en el

trazado de los efectos técnicos inherentes al sistema y, concretamente, en la armoniosa plasmación del eje de la neutralidad.

II. REGIMEN DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISION.

El Art. 98 LIS introduce el eje medular del diferimiento: la no integración de la renta manifestada en la base imponible de la entidad transmitente. De acuerdo con el precepto: "No se integrarán en la base imponible las siguientes rentas derivadas de las operaciones a que se refiere el artículo anterior: "

El artículo delimita aquellas rentas susceptibles de diferimiento, mediante un entramado de puntos de conexión enfocado a que la Hacienda Pública española conserve el control de las rentas fiscales, susceptibles de afloración, para cuajar el circuito lógico a través del pertinente punto de conexión.

Cabe recordar que el Art. 4.1 de la Directiva 90/434 define como elementos de activo y pasivo transferidos aquellos que, con motivo de la operación, "queden efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente...".

En la delimitación del esquema se diferencian tres círculos: España, Estados pertenecientes a la Unión Europea y los restantes países. A tal efecto no se integrarán en base imponible las siguientes rentas:

A) de acuerdo con el Art.98.1.a)": Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados.

Cuando la entidad adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un EP situado en territorio español.

La transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el período impositivo en que se produzca aquélla, de la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor a que se refiere el artículo siguiente minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles”.

Se trata del supuesto más nítido, en el cual tanto la entidad transmitente como el destino de los bienes están vinculados al territorio español, con lo que la posibilidad de sujeción de las rentas diferidas por parte de la Hacienda Pública española, en un futuro, es absoluta.

Sin embargo si la entidad adquirente reside en el extranjero, únicamente se excluirán de integración las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectos a un EP situado en territorio español.

La transferencia de los elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del EP, en el período impositivo en que se produzca aquélla, de la renta diferida. Dicha diferencia, obviamente, estará graduada por las correcciones valorativas practicadas ya en el seno de la entidad que fue adquirente en la operación de reorganización.

B)”Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de EP situados en el territorio de estados no pertenecientes a la Unión Europea en favor de entidades residentes en territorio español” (Art. 98.1.b).

El EP se halla en el extranjero pero las rentas son atenuadas a través de la entidad residente en cuya base imponible se integrarán en su momento, en virtud del magnetismo del principio de tributación por la renta mundial.

No obstante debe entenderse, en virtud de un principio de coherencia técnica, que el diferimiento sólo será operativo cuando no exista Convenio de Doble Imposición con el país donde esté situado el EP o cuando a pesar de haberlo el método de corrección de la doble imposición aplicable fuese el de imputación, pues en otro caso se desembocaría en un supuesto de exención¹⁹⁵.

C) Las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español, de EP en él situados (Art. 98.1.c).

El EP resultante está situado en territorio español, de modo que la renta latente en los elementos podría ser sometida a gravamen, a través de la obligación real de contribuir.

El hecho de que no se transmita la totalidad del EP situado en territorio español, sino una parte, no impide, en sí mismo, subsumir la operación en los contornos del Art.98.1.c) LIS, siempre que las rentas sean susceptibles de ser gravadas en territorio español. A tal efecto la existencia de otro EP sito en España, con posterioridad a la transmisión, permitiría diferir la tributación de las rentas¹⁹⁶.

Por otra parte la aplicación del Art.98.1.c) LIS conlleva la consiguiente exclusión de lo dispuesto en el Art.17.1.b) LIS respecto de la tributación de las

¹⁹⁵ López Santacruz J.A. (operaciones de reestructuración empresarial. Régimen fiscal especial de: fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad, Canjes de valores. Grupos de sociedades. Dossier Práctico Francis Lefebvre, .P.126.) destaca que el RDL 3/2000 deroga el Art.29 bis de la LIS , con efectos de 1-1-2001, implantando el método de exención para evitar la doble imposición internacional por las rentas obtenidas en el extranjero a través de establecimientos permanentes que desarrollen actividades empresariales (LIS Art.20 ter), por lo que (desde la óptica del IS y a nivel de entidades transmitentes) tampoco tendrá un efecto práctico el régimen de diferimiento en estas operaciones”.

¹⁹⁶ Así lo indica la consulta DGT de 8 de junio de 2001 (nº 1150-01).

rentas derivadas de la desafectación de elementos patrimoniales de EP ubicados en España que cesa su actividad¹⁹⁷.

D) Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de EP situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea en favor de entidades que residan en ellos, revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en el artículo 3 de la misma (Art. 98.1.d).

Se trata de una excepción a la lógica técnica enunciada, fundamentada en argumentaciones de política económica, ya que imperará el diferimiento a pesar de que la Hacienda española no detendrá tangibles puntos de conexión respecto a las rentas diferidas. A tal efecto el Art.10 de la Directiva, adaptado en nuestro ordenamiento por el Art. 106 LIS, prevé un mecanismo concreto de compensación como comentaremos.

2.1 Exigencia de que la entidad adquirente no se halle exenta.

El Art.98.1, de acuerdo con la redacción dada por el Art. 3.siete de la Ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, aclara que “No se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones referidas en las letras a), b).c) anteriores, cuando la entidad adquirente se halle exenta por este impuesto o sometida al régimen de atribución de rentas”.

¹⁹⁷ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 11-11-1999,cv nº0108-99

Evidentemente si la entidad adquirente se halla exenta del IS no sería encajable la metodología, siquiera en lo concerniente al eje de la no integración de rentas en base imponible de la entidad transmitente.

Sin embargo cabe interpretar que la adquirente puede ser una entidad parcialmente exenta, en cuyo caso los elementos que incorporan las rentas diferidas deberán quedar nítidamente afectados, con la suficiente precisión informativa, de manera que las rentas tributen efectivamente en su momento.

La DGT (consultas de 10/9/1998 y 15-9-1998, nº 1482-98 y 1506-98) interpretó que la aportación no dineraria en la constitución de una sociedad de inversión mobiliaria de capital variable (SIMCAV), no resultaba merecedora de la tutela del régimen especial, por cuanto dichas sociedades tributan al tipo del 1 por 100 por lo que, en la práctica, gozan de una cuasiexención.

En realidad dicho criterio gravitaba en torno al problema del divergente tratamiento impositivo futura de las rentas, cuando aflorasen, en contraste con el que disfrutarían en la entidad aportante, exteriorizando una solución que no se deducía de la redacción literal del articulado. Este problema ya está específicamente contemplado, en los términos que subrayaremos. Por consiguiente el régimen de diferimiento es aplicable aun cuando la entidad adquirente disfrute de un tipo de gravamen o régimen tributario especial.

2)»Se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones a que se refiere este apartado aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto del de la transmitente, como consecuencia de su diferente forma jurídica, la renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, realizada con posterioridad a ésta, se entenderá generada de forma lineal, salvo

prueba en contrario, durante todo el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de realización de la operación será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente” (La DT 10ª otorga efectos retroactivos a esta modificación, aplicable desde el 1 de octubre de 1999).

Se trata de una disposición que cubre un hueco técnico, derivado de la posibilidad existente de perfeccionar estos negocios entre entidades con distinta forma jurídica y, consiguientemente, heterogéneo estatuto jurídico tributario, con la consecuencia de que las rentas latentes pueden vertirse en una esfera de tributación más ventajosa.

A tal efecto el legislador recurre a una presunción de imputación de rentas lineal para posibilitar objetivamente la atribución temporal. Cuando la entidad en su momento adquirente realice las plusvalías, la parte de renta que se concibe generada con anterioridad a la realización de la operación “protegida” se reenvía, en cuanto a la normación del tipo de gravamen y general regulación liquidatoria a aquella que hubiera correspondido a la entidad transmitente, en coherencia con su formato jurídico.

La parte que se presume generada tras la operación y hasta la ulterior realización de las plusvalías, se gravará de acuerdo con el tipo de gravamen y régimen tributario de la entidad adquirente¹⁹⁸.

En cualquier caso el debido entendimiento del principio de neutralidad

¹⁹⁸ De acuerdo con el Art. 24.2.d) LIS, en todo caso, concluirá el período impositivo de la entidad “Cuando se produzca la transformación de la forma jurídica de la entidad y ello determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial.

La renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la transformación, realizada con posterioridad a ésta, se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante todo el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de la transformación se gravará aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad de haber conservado su forma jurídica originaria”.

habría conducido a una solución similar, con motivo de la necesidad de impedir la instrumentalización de la operación para optimizar la futura imposición de las rentas, incluso sin el cobijo de esta previsión expresa.

La diferencia en el régimen jurídico fiscal debe dimanar, con carácter inmediato, de la divergencia en la forma jurídica de las entidades partícipes, noción que debe ponderarse en interrelación con la muy específica finalidad del precepto.

El precepto admite prueba en contrario de la presunción de generación lineal de la renta, lo que es encomiable, dada la posibilidad brindada de aproximación a la verdad material, sin perjuicio de la dificultad de imputación temporal objetiva.

Por su parte el Art. 98.3 LIS establece que “En todo caso, se integrarán en la base imponible las rentas derivadas de buques o aeronaves o de bienes muebles afectos a su explotación, que se pongan de manifiesto en las entidades dedicadas a la navegación marítima y aérea internacional cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español”.

2.2 Pérdidas de los Establecimientos Permanentes.

De conformidad con el Art.106 LIS”: Cuando se transmita un establecimiento permanente y sea de aplicación el régimen previsto en la letra d) del apartado 1 del artículo 98 de esta Ley, la base imponible de las entidades transmitentes residentes en territorio español se incrementará en el importe del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el establecimiento permanente en los siete ejercicios anteriores”.

El Art. 98.1.d) LIS, como hemos resaltado, supone una ruptura de la

fundamentación del tejido de puntos de conexión, al permitir el diferimiento en la transmisión efectuada de residente en España a residente comunitario (distinto de España para cuyo supuesto existe una previsión específica) de EP situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea, a pesar de que la Hacienda Pública española perderá la potestad de someter a tributación las rentas. En dicha hipótesis el Art. 10¹⁹⁹ de la Directiva 90/434/CEE compele al Estado miembro de la sociedad transmitente a renunciar a los derechos de imposición sobre dicho EP.

Esta renuncia al gravamen de las plusvalías que podrían generarse en la compañía transmitente, trata de ser compensada a través del Art. 10.1 de la Directiva, que concede la posibilidad de integrar en la base imponible de ésta las pérdidas imputadas procedentes del EP²⁰⁰.

El Art. 106 LIS ha adaptado dicha disposición, en el sentido de autorizar la integración del exceso de pérdidas sobre beneficios generado en los siete últimos ejercicios, tras enfrentar ambas cifras globales. De esta manera la Directiva consiente neutralizar fiscalmente la totalidad de las pérdidas imputadas en dicho paréntesis temporal mientras que en nuestro ordenamiento interno sólo revertirán en base imponible éstas en la medida en que sobrepasen los beneficios, mecánica, por lo demás, más respetuosa con el principio de capacidad económica y el objeto imponible de un impuesto que grava los beneficios obtenidos por las entidades jurídicas.

El artículo 3.Ocho de la Ley 55/1999 de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social da nueva redacción al Art. 106, ensanchando el

¹⁹⁹ Según este artículo: "Cuando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, este último renunciará a los derechos de imposición sobre dicho establecimiento"

²⁰⁰ En concreto: "...el Estado de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imponibles de dicha sociedad las pérdidas anteriores del establecimiento permanente que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado y que no se hayan compensado".

parámetro temporal expuesto hasta los últimos diez ejercicios.

El mecanismo seleccionado constituye pues una vía de resarcimiento para la Hacienda Pública del Estado de la sociedad transmitente, autorizando a enjugar el ahorro fiscal que, como consecuencia del mencionado exceso, se habría comunicado a la sociedad transmitente, la cual se habría beneficiado fiscalmente de dichas pérdidas, en su respectiva estructura liquidatoria, en virtud del principio de tributación por la renta mundial²⁰¹.

III. RENUNCIA AL REGIMEN ESPECIAL. INTERRELACION ENTRE REGIMEN GENERICO Y ESPECIFICO DE IMPOSICIÓN.

El Art. 98.1 prevé la posibilidad de renuncia total o parcial al régimen especial, el cual de esta forma se configura como el tratamiento fiscal connatural. De acuerdo con el precepto: “Podrá renunciarse al régimen establecido en el apartado anterior, mediante la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales”.

La aceptación de este instrumento nos hace advertir una vasta gama a la economía de opción. Por ejemplo podría interesar ejercitar una renuncia parcial planificando la neutralización de las plusvalías, latentes en unos elementos, con las rentas negativas, encerradas en otros. De esta manera podría conseguirse un mayor

²⁰¹ El Art. 10.2 de la Directiva permitía barajar otra opción. De acuerdo con dicho precepto: “Cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente aplique un régimen mundial de imposición del beneficio, dicho Estado podrá gravar los beneficios o las plusvalías del EP resultantes de la fusión... siempre que admita la deducción del impuesto, que de no existir las Disposiciones de la presente Directiva, se hubiere aplicado a dichos beneficios o plusvalías en el Estado en el que esté situado el EP y que admita dicha deducción del mismo modo y por el mismo importe por el que lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado”.

valor fiscal para determinados elementos, en sede de la entidad adquirente, y acogerse al régimen, en cambio, para aquellos elementos que albergasen rentas positivas cuya influencia estimada en base imponible redundase en la cuota.

La línea divisoria entre fraude y economía de opción debería trazarse caso por caso, partiendo de que el principio de neutralidad se opone al aprovechamiento de esta herramienta exclusivamente para optimizar la situación jurídico fiscal. Por ejemplo una renuncia circunscrita exclusivamente sobre aquellos elementos que “escondiesen” rentas negativas, aparentemente, respondería a un motivo principal de aprovechamiento fiscal.

La Directiva 90/434 no prevé la posibilidad de renuncia al régimen especial. No obstante, precisamente para cristalizar los postulados de la neutralidad, hay que reconocer la necesidad de la institución. El repetido objetivo resultaría incompatible con que la naturaleza de las circunstancias, en asociación con la aplicación imperativa del diferimiento, provocase una desventaja fiscal para las operaciones.

El problema se centra pues en la posibilidad de que la renuncia sea parcial. En nuestra opinión, en aras de la seguridad jurídica del tráfico, convendría delimitar la esfera a que puede extenderse la economía de opción en este ámbito concreto, a pesar de la manifiesta dificultad en marcar una línea divisoria o criterio rotundo. En determinados supuestos precisamente la articulación de la renuncia parcial podría romper cualquier atisbo de neutralidad

La renuncia al diferimiento del gravamen, como se deduce de la alusión del Art.98.2 a la posibilidad de integración de rentas, no afecta a los beneficios previstos, mediante una u otra técnica jurídica, para los restantes impuestos

afectados (IIVTNU, IVA, ITPAJD).

De la redacción normativa se deduce que es la entidad transmitente quien detenta el derecho de opción. El artículo hace referencia, como aparente consecuencia inmediata de la renuncia, a la consiguiente integración de rentas en base imponible, circunstancia que conecta con la estructura liquidatoria del sujeto transmitente.

De esta manera no resultaría extensivo el derecho a la opción a los socios. En principio cabe pensar que los mismos experimentarían pasivamente los efectos fiscales de la decisión. No obstante, dada la complejidad de plasmar otra solución en operaciones en que participen entidades con una determinada envergadura y un considerable número de socios afectados, el criterio predominante ha consistido en concebir que la opción por el derecho de renuncia no desarticula la completa operatividad del régimen especial, el cual desplegaría sus efectos a nivel de los socios de la entidad transmitente.

Debe interpretarse que igual cabe la renuncia sobre parte de la porción patrimonial transmitida por una entidad, como que asimismo habiendo varias compañías transmitentes unas pueden ejercitar la renuncia y otras no (y a su vez de forma total o parcial respecto al patrimonio transferido).

Evidentemente la renuncia no se configura como un derecho a ejercer en un momento indefinido tras la perfección de la operación, en cuyo caso podría cuajar en el período impositivo en que interesase. El articulado asocia la posibilidad de su ejercicio con la transmisión. Así pues introduce una potestad de elección entre dos estatutos jurídicos fiscales, que debe plasmarse en un intervalo muy determinado, en todo caso en conexión con la efectividad jurídica de la traslación y en lógica imbricación con el período impositivo en que, condicionadamente, pueden ser

sustraídas las rentas de tributación.

De otro lado, en nuestra opinión, debe interpretarse el Art. 98.2 LIS en el sentido no de que sea condición inexcusable aparejada a la renuncia la automática integración de rentas, sino que más bien este es el lógico y ordinario efecto técnico consiguiente²⁰².

3.1 El perímetro objetivo de la renuncia.

De una primera lectura parece deducirse que la renuncia debería envolver, como mínimo, porciones empresariales revestidas de una entidad cualitativa, al aludir la norma, del modo reseñado, a “la totalidad o parte de los elementos patrimoniales”, sin que cupiese ejercitar la renuncia para las rentas contenidas en elementos individualizados.

Sin embargo debemos recordar que el Art. 108.1 LIS introduce la denominada “aportación no dineraria especial”, en cuyo contexto puede canalizarse la transferencia de elementos patrimoniales individualizados y donde cabe pacíficamente la posibilidad de renuncia. En esta línea constatamos la posibilidad de renunciar exclusivamente en interrelación con elementos aislados, en principio, estén o no subsumidos en una unidad económica más amplia.

La reexpresión “... parte de los elementos patrimoniales” lo mismo puede aludir a una porción patrimonial (adicionalmente sin exigencia alguna de

²⁰² La consulta DGT de 19-6-1998 (1122-98) establece que, caso de ejercitarse la renuncia, es condición para su ejercicio que la renta generada en una aportación se integre en base imponible. A su vez ello impediría que tales rentas puedan acogerse al régimen de reinversión de beneficios extraordinarios del Art. 21 LIS, por cuanto dicho régimen supone la no integración de tales rentas en la base imponible correspondiente al período impositivo en que se realiza la aportación.

En efecto parece que existe una incompatibilidad entre el mecanismo de la renuncia y el régimen del Art. 21 LIS, pero ello dimana de la íntima naturaleza de ambos regímenes y no de que la efectiva integración de rentas represente una condición inexcusable.

conjunción financiera racional para ella, a estos efectos) como a un único elemento.

En este sentido un interesante problema radica en delimitar los linderos que puede alcanzar la renuncia parcial, pues la flexibilidad de la redacción obliga a formular una verdadera reinterpretación del precepto, de la manera más extensiva posible entretanto no se choque con barreras técnico jurídicas.

En primer lugar debemos interrogarnos acerca de si existe un límite tácito entroncado con la definitoria del Art. 97 LIS, el cual para determinadas operaciones (aportación de ramas, canje, escisión financiera etc.) edifica el concepto parcialmente en inseparable conexión con el objeto transferido, con lo que podría concebirse que en estos supuestos la renuncia debiera abarcar toda la unidad objeto de cesión jurídica, la cual contribuye precisamente a cincelar la definición.

Sin embargo entendemos que el Art.97 se circunscribe a delimitar el perfil de las operaciones, sin subordinar los restantes efectos del régimen que se proyectarán sobre las mismas, una vez quepan en su molde. De otro modo, por ejemplo, en la aportación de una única rama no cabría ejercitar una renuncia parcial.

De otro lado podemos cuestionarnos si es preceptivo agotar el límite del techo del VNM de cada activo individualizado a la hora del cómputo de las rentas fiscales a integrar, con motivo de la renuncia, o bien el sujeto puede detenerse en un escalón inferior.

Si observamos que no se ha taponado la posibilidad de ejercer la renuncia parcial en las aportaciones no dinerarias especiales, y que éstas evidentemente pueden instrumentar transmisiones de elementos aislados, no resultaría tan desmesurada dicha vía, pues en dicho marco sería la única forma de cuajarla.

No obstante parece evidente que esta ausencia de previsión es técnicamente coherente en cuanto superflua, pues la conclusión debería extraerse de un análisis finalista. La opción apuntada rompería la individualidad jurídica del elemento para la sociedad adquirente, desde este ángulo, y la complejidad informativa se agudizaría al repercutir el diferimiento sobre una simple franja cuantitativa, con la consiguiente sedimentación de *dos valores fiscales*.

Una revalorización fiscal parcial de los elementos se encontraría adicionalmente con el problema del punto en que debería detenerse, pues parecería incongruente que no se alcanzase la misma proporción objetiva sobre el valor real para cada bien comprendido en el conjunto transferido.

En definitiva debemos conjugar la intelección del artículo 98.2 LIS, que contempla la esfera de la entidad transmitente, con el 99 LIS que abarca la de la adquirente. La entidad adquirente, de concebirse la posibilidad apuntada, debiera valorar una *franja* cifrada del elemento conforme a los dictados del Art. 99.1 LIS y otra según el Art. 99.2 LIS, lo que no se antoja técnicamente racional.

Entendemos que, en todo caso, el sujeto transmitente deberá aflorar la íntegra renta fiscal contenida en cada elemento (para el cual se renuncie a la aplicación del régimen). De otra forma la parcial integración de rentas por parte de la compañía transmitente brindaría unas posibilidades conjuntas de diseño inimaginables y un grado de distorsión técnica enorme.

En definitiva interpretamos que no cabe practicar la renuncia parcial sobre un elemento patrimonial individualizado, cuya renta íntegra debiera integrarse (o bien no integrarse) en base imponible. No obstante la interpretación inversa gozaría de cierto sostén que al menos debiera descartar la imposición de sanciones en una hipotética regularización.

En esta línea el Art.4.3 de la Directiva 90/434 enuncia: “Cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria pueda calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en condiciones distintas de las previstas en el apartado 2, el apartado 1 no se aplicará a los elementos de activo y de pasivo para los que la sociedad beneficiaria haya hecho uso de dicha facultad”.

El precepto sólo prevé que si la sociedad beneficiaria no transcribe la continuidad de valores fiscales, entonces no se engendraría el diferimiento para la transmitente. No obstante señala claramente que el régimen se aplicará (esto es “o bien no se aplicará”) a los “íntegros” elementos de activo y de pasivo.

Además el Art. 99.2 LIS ordena valorar, si no juega el diferimiento, por el valor convenido con el límite del VNM, concepto jurídico indeterminado que sólo se llena coherentemente de sentido al conectarlo con un elemento unitario.

Menéndez García²⁰³ interpreta que: “...parece deducirse que las rentas que se integren en la base imponible en virtud de esta renuncia deberán incluirse siempre por su valor total, esto es, por la diferencia entre los valores normal de mercado y contable de los elementos patrimoniales correspondientes”.

Sánchez Oliván²⁰⁴, sin embargo, se decanta por la solución menos conservadora, al entender que “el valor actual de mercado opera sólo como límite de las actualizaciones que puedan hacerse”. Este autor basa su opinión en que los criterios del Art. 15 LIS no deben ser supletorios a efectos valorativos, por cuanto los criterios de dicho precepto son ajenos a la voluntad del sujeto pasivo, en

²⁰³ “Regímenes especiales en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades (y II)” Quincena Fiscal, Diciembre 1995,P.16.

²⁰⁴ La fusión de sociedades... , Op.Cit.pág.322 y 323.

contraposición a lo que ocurre en nuestro ámbito donde se concede la facultad de integrar o no en base imponible determinadas rentas.

El tema enlaza pues con la posible operatividad automática del régimen genérico de tributación de plusvalías en caso de renuncia al régimen especial. El Art. 15 LIS, de operar el régimen genérico, ordena integrar en base imponible el paréntesis cifrado entre “valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable”, lo que aparentemente confirma lo argumentado. Es decir si se renuncia, para un elemento, la consecuencia debe ser la automática integración en base imponible de toda la plusvalía larvada.

A tal efecto López Santacruz²⁰⁵ entiende que como “la norma no establece ninguna regla especial sobre valoración de los elementos transmitidos al efecto de determinar la renta a integrar en la base imponible... al tener las normas generales del Impuesto carácter supletorio respecto del régimen especial, sería de aplicación la regla contenida en el artículo 15 de la LIS, por el cual los elementos que se transmiten se valorarán por su valor normal de mercado”.

El Art.99.1 LIS subraya que “Los bienes y derechos adquiridos mediante las transmisiones derivadas de las operaciones a las que haya sido de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior se valorarán, a efectos fiscales, por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizar la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 15-11 de esta Ley. Dichos valores se corregirán en el importe de las rentas que hayan tributado efectivamente con ocasión de la operación”.

Aparentemente la redacción del precepto entremezcla, a modo de sumandos,

²⁰⁵ Guía del... , Op.Cit. P.783.

la variable stock del “valor” con la variable flujo de las “rentas”. A tal efecto cabría entender que la referencia a las rentas podría enmarcarse en la posibilidad debatida de plasmar integraciones parciales de renta por parte de la entidad transmitente.

Sin embargo una interpretación finalista nos lleva a entender que la mención se incardina en otro plano. El artículo, una vez aceptada la posibilidad de renuncia parcial, no quiere pronunciarse sobre aquellos linderos objetivos a que puede extenderse la misma, sino dejar sentado que si juega el régimen genérico entonces la valoración fiscal por parte de la entidad adquirente de los elementos o porciones patrimoniales afectados debe atenerse a las directrices del Art. 99.2.

De este modo el precepto hace hincapié en la necesidad de, en la hipótesis de renuncia parcial, adentrarse en la entraña patrimonial del conjunto transferido para diseccionarlo en dos bloques a efectos de valoración fiscal. Adicionalmente cabe pensar que la norma incardina un criterio orientativo, ante la dualidad teórica de vertientes valorativas, la del conjunto patrimonial y la de cada elemento individualizado.

IV. VALORACION FISCAL DE LOS BIENES ADQUIRIDOS. LA REGLA DE LA CONTINUIDAD.

4.1 Significación de la continuidad de valores fiscales.

El Art.99.1 LIS sólo enuncia expresamente el mantenimiento del valor y fecha de adquisición. Ahora bien una interpretación adecuada, que considere el

presupuesto medular del traspaso de la carga tributaria latente que fundamenta el mecanismo, lleva a concluir que la regla continuista abarca la conservación de cualquier cualidad con relevancia fiscal que pueda verse trastocada, en uno u otro grado, por la traslación para petrificar la situación tributaria asociada a las rentas contenidas en los elementos.

El Art. 99.1 LIS subraya el mantenimiento en el seno de la adquirente de la fecha de adquisición de los elementos en relación con la aplicabilidad del mecanismo corrector de la inflación para las rentas derivadas de transmisiones, del Art. 15.11 LIS. Esta especificación no supone sino la puntualización de un supuesto trascendente.

A su vez el mecanismo subrogatorio, conforme al Art. 104 LIS, apostilla la anterior regla, al conllevar, desde un prisma distinto, con motivo de la transmisión acaecida, la debida suplantación de la sociedad adquirente en aquellas relaciones jurídicos fiscales “que se refieran a los elementos patrimoniales transmitidos”.

La filosofía que inspira ambas piezas consiste en que la transferencia jurídica no altere el estatuto fiscal “entrelazado” a los elementos. Por ejemplo para determinar la antigüedad de la participación, a efectos de la deducción por doble imposición de dividendos, en el marco de la entidad adquirente, habría que atender como regla general al momento en que la adquirió la sociedad transmitente, sin que quede nítidamente resuelto, en este caso, si ello responde a la inercia continuista o al mandato del Art. 104 LIS.

Entendemos que, en un plano teórico, la regla continuista se anuda a la dimensión de los hipotéticos ingresos y gastos fiscales futuros susceptibles de ser conectados con los elementos. Por consiguiente abordaremos determinados extremos interrelacionados al abordar el estudio de la institución de la subrogación.

El valor fiscal de los elementos que regía en sede de la entidad transmitente es objeto de traslado a la adquirente. Las actualizaciones valorativas efectuadas, en su momento, por la sociedad transmitente, dotadas de eficacia fiscal surtirían pleno efecto, lógicamente, en sede de la compañía adquirente.

Asimismo la eficacia del régimen se desentiende del criterio de contabilización seleccionado por las entidades. La continuidad de valores contables, en la hipótesis de coincidencia de valor contable y fiscal en la sociedad adquirente, evitaría la necesidad de practicar ulteriores ajustes extracontables para determinar la base imponible, en interrelación con las correcciones valorativas respectivas.

En síntesis la plusvalía potencial en sede de la entidad transmitente puede obedecer a dos escalones básicos, en primer lugar a la infravaloración de activos. En segundo lugar al fondo de comercio “generado” hasta el momento de efectuarse la operación.

Evidentemente, si prosperan las directrices del diferimiento, tal Fondo de comercio a florado, aun cuando se contabilizase por la entidad adquirente (en cuyo caso habría que practicar ajustes extracontables en el futuro), no podría surtir efectos fiscales en su sede, en coherencia con la lógica de la continuidad de valores fiscales, puesto que sale a relucir con motivo de la operación en contrapartida de una renta de la sociedad transmitente no sujeta a imposición.

Una hipótesis diferente sería la teórica aportación de una unidad económica incluyendo su “fondo de comercio”, transcrito ya anteriormente en el balance de la aportante, como consecuencia de una transmisión previa a título oneroso en la que ésta se posicionó como adquirente. Dicho fondo de comercio graduaría el valor de la unidad empresarial acorde con el Art.100, en el sentido anticipado, teniendo en cuenta a tal efecto la amortización fiscal practicada de conformidad con el Art. 11.4

LIS.

4.2 Problemática anudada a las correcciones valorativas.

El Art. 4.2 de la Directiva 90/434/CEE define la regla. Según este precepto “los Estados miembros subordinarán la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 a la condición de que la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y pasivo transferidos en las mismas condiciones en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o la escisión”.

Por su parte el Art.8.2 de la Directiva adapta el mecanismo constinuita a la esfera de los socios, resaltando que los Estados miembros condicionarán la aplicación de la efectiva no imposición en sede del socio a que, asimismo, éste “no atribuya a los títulos recibidos a cambio un valor fiscal más elevado que el que tuvieren los títulos inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones”.

El artículo 1.9 RIS especifica que en los negocios de fusión, escisión total y parcial y aportación (o sea aquellos en que pueden transmitirse activos amortizables)”: deberá proseguirse para cada elemento patrimonial adquirido el método de amortización a que estaba sujeto, excepto si el sujeto pasivo prefiere aplicar a los mismos su propio método de amortización en los términos previstos en el artículo 5 de este Reglamento”.

El Art. 1.6 RIS subrayaba la básica unicidad y continuidad del método para cada elemento, estableciendo como excepción la concurrencia de circunstancias

extraordinarias justificables en la Memoria. El Art. 1.9 bloquea su juego y no deja otra alternativa, si se desea variar la metodología preseleccionada de amortización de elementos, que la presentación a la Administración de un Plan, de conformidad con el Art. 5 RIS, previa solicitud en los términos del Art.5.2 RIS.

Dicho criterio no sólo no enlaza una perfecta suplantación subjetiva sino que, precisamente, altera, como consecuencia inmediata de la transmisión, la pacífica metodología de amortización preexistente. El Art. 1.9 RIS no distingue en función de que los activos hayan sido transmitidos en virtud de una operación amparada al diferimiento. Esta conclusión confirma que se prevé un estatuto singularizado para estos negocios aun bajo el predominio del régimen genérico.

En nuestra opinión la continuidad en la política de dotación de correcciones valorativas debiera gravitar en torno a la hipótesis central de que los elementos no hubiesen traspasado la esfera interna empresarial, esto es no se hubiesen enajenado. Por tanto, a la luz del Art. 38.1.b del Código de Comercio la entidad adquirente debe mantener, en primera instancia, todo el racimo de condicionantes imbricados con el valor fiscal. Sin embargo, a continuación, el sujeto adquirente podría alterar la metodología recepcionada, como lo podría haber hecho el ente transmitente si no hubiese existido enajenación²⁰⁶, con las salvedades planteadas por el mencionado Art. 1.9 RIS.

Asimismo deberá considerarse la adscripción funcional de los elementos en la nueva masa patrimonial en coherencia con su funcionalidad. Por ejemplo evidentemente si un activo circulante pasa a tener la consideración de Activo fijo, ello ocasionará la posibilidad de su amortización contable y fiscal.

²⁰⁶ Cabe entender, a nuestros efectos, en conexión con el Art. 148 LIS, que la variación de criterio por parte de la sociedad adquirente debe obedecer a motivaciones empresariales y no puramente fiscales, con objeto de reducir la base imponible, incumpliendo así el principio sentado en el Art.38.1.b C.Comercio.

Evidentemente podría existir, en el marco de la sociedad adquirente, un incremento en los porcentajes de amortización pertinentes si, por ejemplo, se alterase el destino de los elementos, sin perjuicio de su persistencia como activo inmovilizado.

La amortización de los elementos cedidos que no hubiesen entrado en funcionamiento todavía en la compañía transmitente, de acuerdo con el Art. 1.4 RIS, no comenzaría hasta que en el seno de la adquirente cumplimentasen los debidos requisitos.

A los elementos patrimoniales adquiridos nuevos no les sería de aplicación un régimen de amortización de bienes usados, como consecuencia de la consumación de estas operaciones. Obviamente los elementos que ya tenían la consideración de usados en el marco del sujeto transmitente sí podrían beneficiarse del régimen de amortización de bienes usados.

En realidad parece criterio consagrado que, como regla general, en estos procesos no operen los efectos fiscales (en general privilegios) que pueden dimanar del ejercicio de una explotación nueva, con independencia de que la operación sea tutelada por el régimen especial, dado que esta conclusión se liga a la continuidad empresarial articulada.

Así pues se impide que los elementos pasen a considerarse usados por parte de la entidad adquirente, como consecuencia derivada de la transmisión. En otro caso ésta precisamente incidiría en las rentas fiscales futuras a imputar en base imponible en sucesivos períodos impositivos en virtud de la consiguiente dotación a amortización.

Si bien la mecánica está eminentemente diseñada para los activos fijos, debe extenderse sin particularidad a los elementos de circulante, aunque éstos, debido a

su agilidad de rotación, fluctuarán en torno a un área cuantitativa muy próxima al valor de mercado. A su vez, teóricamente, esta regla se aplicaría asimismo a los pasivos de la unidad empresarial, si bien éstos serán líquidos en coherencia con su naturaleza.

Asimismo entendemos que sería trasladable el valor del stock de existencias de la entidad transmitente (o las imputables a la rama cedida). En el seno del sujeto adquirente nada impide el cambio del método valorativo, de nuevo, siempre que ello no desemboque en una modificación arbitraria de conformidad con el Art. 10.3 LIS y Art. 38.1.b CCO.

El Art.4.2 de la Directiva engloba implícitamente la continuidad en el cómputo de “provisiones” como herramientas correctoras del valor fiscal.

No obstante, una vez cristalizado dicho valor fiscal, el ciclo de esta técnica de corrección (de carácter reversible) debe desenvolverse con normalidad. La hipotética recuperación de valor, de acuerdo con el Art. 19.6 LIS, se imputará en el período impositivo en que se produzca la misma en sede de la sociedad adquirente, aunque la provisión hubiese nacido en la transmitente, para asegurar la correcta tributación del conjunto de las partes.

La provisión fue algoritmo negativo que recortó, en su momento, el valor fiscal del activo respectivo y redundaría en ingreso fiscal²⁰⁷, hasta el importe máximo de la provisión constituida, en la base imponible de la sociedad que ostente la propiedad del elemento y que efectuará el registro contable en el período impositivo en que se manifieste la recuperación de valor.

En concreto, en el caso de provisión por depreciación de valores, la

²⁰⁷ Así lo indica la consulta DGT de 30 de septiembre de 1999 (1723-99).

participación recibida se valoraría por el mismo valor que tuviese en la entidad transmitente antes de la operación, computándose a tal efecto el importe de la provisión por depreciación de la participación que hubiese resultado fiscalmente deducible. La recuperación de valor se integraría en la base imponible cuando se manifestase.

En caso de que la sociedad adquirente practicase el registro contable de los elementos por su valor neto contable (ya minorando la provisión constituida) la consiguiente recuperación de valor no redundaría en ingreso contable, con la correlativa necesidad de practicar ajustes para cuantificar la base imponible.

Una hipótesis distinta es la referida a aquellas provisiones constituidas con posterioridad a la operación, ya en la sociedad adquirente. Si esta entidad contabilizó los elementos adquiridos plegándose a la regla continuista, en principio, no surgiría la necesidad de practicar ajustes extracontables para determinar la base imponible.

Por otra parte el valor fiscal como magnitud estática, cuya extrapolación dotará de sentido al edificio del diferimiento, requiere una correcta formulación técnica, esto es el legislador parte de su correcta cristalización conforme a la proyección de las normas fiscales y mercantiles, en virtud del Art. 148 LIS.

En cualquier caso, en principio, dado el mecanismo subrogatorio, las posibles incidencias fiscales se dilucidarían ya en sede de la entidad adquirente.

En caso de que el aportante sea una persona física evidentemente los activos adquiridos conservarán el valor que tuvieran en su sede, cristalizado conforme a la normativa aplicable. A tal efecto el Art. 38.3 RIRPF indica que el valor de adquisición de los elementos afectos a actividades económicas es su valor contable,

considerándose las amortizaciones que hubiesen sido fiscalmente deducibles, computándose en todo caso la amortización mínima.

4.3 El Art.99.2 LIS. Valoración si opera el régimen genérico.

De acuerdo con el Art.99.2 LIS para la valoración fiscal de los bienes adquiridos: “En aquellos casos en que no sea de aplicación el régimen especial previsto en el artículo anterior, se tomará el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado”.

La articulación de esta cota máxima conlleva una particularidad, en contraste con el régimen genérico de imposición. La funcionalidad radica en impedir la hinchazón de valores por encima del mercado, ya que si la firma enajenante dispusiera, por ejemplo, de pérdidas compensables con que enjugar las plusvalías que exteriorizaría se neutralizaría el efecto pecuniario sobre la cuota tributaria. De este modo podría incrementarse artificialmente el valor fiscal de la adquirente sin correlativo coste fiscal para la entidad transmitente.

La esquemática obliga pues, de hecho, a valorar los elementos por el valor normal de mercado en vez de por el convenido. Menéndez García²⁰⁸ resalta que si el valor convenido por las partes fuese inferior al de mercado, la regla del Art. 99.2 conduciría, en el futuro, a una doble imposición sobre el hipotético intervalo en que el valor normal de mercado superase el convenido. Este autor entiende que sería más correcto disponer la valoración de los bienes, para los que no sea aplicable

²⁰⁸ Así lo han manifestado Menéndez García G. (“Regímenes especiales en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades (y II)”, op.cit.; y Navarro Egea (Fiscalidad de la reestructuración..., Op.Cit., Pág.191).

el diferimiento, con arreglo a su VNM, como, por lo demás, resultaría en ausencia del Art. 99.2.

En efecto el intervalo en que el VNM sobrepasase al valor convenido sería componente cifrado que alimentaría dos plusvalías fiscales, gravándose primero en la transmitente en virtud del Art. 15.3 LIS y de nuevo cuando la ahí posicionada como adquirente enajenase los elementos, puesto que su valor fiscal a efectos del cómputo de la renta devengada en la transmisión sería el convenido, a través del juego de este artículo y del Art. 99.2 LIS.

En definitiva si el precepto prohíbe valorar por encima del VNM también penaliza implícitamente cuantificar por debajo de semejante frontera.

En el supuesto de no operar el régimen especial la fecha de antigüedad de los elementos, desde la perspectiva tributaria, sería asimismo, sin particularidad, aquella en que surtió efectos jurídicos frente a terceros la operación de reestructuración.

Por otra parte en el supuesto de una operación que se halle excluida del ámbito de aplicación del la LIS, es decir si tanto la entidad transmitente como los elementos están fuera del territorio español pero no así la adquirente, si se cumplimenta el concepto tributario respectivo, cabe concebir asimismo la virtualidad del Art. 99.2 LIS, con lo que la trascendencia de los conceptos tributarios excede de la órbita del diferimiento.

V. VALORACION FISCAL DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS EN CONTRAPRESTACION DE LA APORTACION NO DINERARIA.

5.1 Introducción.

De acuerdo con el Art. 100 LIS “Las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación de ramas de actividad se valorarán, a efectos fiscales, por el valor contable de la unidad económica autónoma, corregido en el importe de las rentas que se hayan integrado en la base imponible de la sociedad transmitente con ocasión de la operación”.

El legislador cuantifica los títulos recibidos por el valor contable de la unidad económica aportada. Es una forma de objetivizar el cómputo de los valores. La bifurcación del criterio denota, de nuevo, que el artículo está aludiendo a la posibilidad de renuncia parcial.

Por lo demás no resulta precisa la alusión al “valor contable de la unidad económica aportada”. La única modalidad de unidad económica que diferencia el régimen es la que configura la rama de actividad, sin atender a ningún otro patrón conceptual comprensivo de un ente empresarial.

Por tanto la expresión “valor contable de la unidad económica autónoma” no es, de nuevo, sino una guía orientativa de las líneas maestras para la cuantificación. Habría que respetar el valor fiscal preexistente de cada activo individualizado, subsumido en la unidad económica cedida, en el sentido que conocemos.

A tal efecto estimamos que el artículo se proyecta pacíficamente sobre la órbita de las aportaciones no dinerarias especiales, aunque su tenor literal indique que “las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación

de ramas de actividad se valorarán...”.

Nos hallamos ante una regla que representa una manifestación “colateral” del mecanismo continuista. El despliegue del Art. 100 se asocia a la transmisión de valores que constituye la contrapartida de la traslación de la rama, transmisión que a su vez es aquella pieza en la que se centra inmediatamente el juego lógico del diferimiento.

Es decir el legislador, vinculado a perfilar el acabado de la operación unitaria en aras del objetivo del equilibrio impositivo global, proyecta esta incidencia concreta sobre la traslación de los títulos de la entidad beneficiaria a la aportante, la cual, no obstante, en principio, se halla a cualquier otro efecto sustraída de los postulados del diferimiento.

En este sentido la fecha de adquisición de los valores recibidos, en cuanto semejante dato ostente relevancia tributaria, sería sin especialidad aquélla en que se consumó el negocio jurídico de aportación²⁰⁹, dado que el Art.100 LIS sólo hace mención a la valoración fiscal sin regular expresamente otro aspecto inherente a dicha transmisión.

5.2 Imbricaciones con el criterio contable de valoración.

El Art.100 LIS incardina una excepción a la regla genérica de la estructura del IS, concerniente a la valoración de los títulos recibidos en contrapartida de aportaciones a sociedades, plasmada en el Art. 15.2.b) LIS, según la cual se

²⁰⁹ Así lo indica la consulta DGT de 11 de mayo de 2000 (1102-00) o la de 30-9-1999 (1723-99).

valorarán por su VNM los elementos “aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación”.

El criterio del Art. 100 se ajusta a la metodología contable. Concretamente de acuerdo con la resolución del ICAC de 27 de julio de 1992, por la que se dictan Normas de valoración de participaciones en el capital derivadas de Aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación de capital de sociedades, la participación recibida se valoraría por el valor contable de los elementos aportados.

A su vez esta regla (dada la identidad en el substrato económico) representa una ramificación cualificada del criterio transcrito en la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991, el cual impide reconocer beneficio en las operaciones de permuta.

Ahora bien, una vez que la regla ha sido trasladada al articulado fiscal, se deshacen sus lazos con la raíz contable que como fuente interpretativa no sería extrapolable, sino en su caso supletoriamente.

Como la regla contable obliga a valorar los títulos recibidos por el valor neto contable de lo aportado, resultará que en el seno de la aportante (y adquirente de los títulos) las provisiones por depreciación de cartera conectadas a los títulos y dotadas por la entidad que los transmitió carecerían de sentido económico para ella.

A su vez el Art. 100 LIS incardina un criterio sustancialmente idéntico. De este modo la lógica vincula a imputar en base imponible de una u otra sociedad (preferentemente de la enajenante antes de la transmisión) la recuperación de la provisión sin perjuicio de los problemas de registro contable.

Podemos mencionar el criterio contable en la valoración y registro de acciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria, en cuyo marco el valor contable de los activos es menor que el de los pasivos (BOICAC 16, Consulta 3, nº 16 /marzo de 1994). El ICAC resolvió que “las acciones recibidas

figurarán en el balance de la sociedad aportante por un valor insignificante, con objeto de que dicho documento refleje en la partida correspondiente a las inversiones financieras la existencia de las mismas, informando en la memoria sobre el número de las mismas, valor nominal y de emisión, así como su valor de mercado ”.

En principio sólo tendría sentido esta transferencia patrimonial en atención al reconocimiento de plusvalías tácitas, imputables al fondo de comercio, sobre la información contable. Por su parte la valoración fiscal debería atenerse a la regla del Art. 100.

Por otra parte puede ocurrir que los elementos patrimoniales objeto de aportación no se hallen contabilizados por la compañía aportante, por razones de prudencia valorativa, sin que tal inconveniente bloquee la posibilidad de acogimiento al régimen. En este caso surge el interrogante a la hora de atribuir valor fiscal a los títulos, ya que quiebra la virtualidad del Art. 100, el cual se refiere al valor contable de la contraprestación, magnitud investida de una muy concreta cristalización técnica.

El ICAC (BOICAC 26, consulta 1, de 30/09/1996) indica, asimismo, que sea cual sea la naturaleza (material, inmaterial o financiera), del elemento aportado “al no estar registrado el activo entregado a cambio de las acciones, éstas deberán figurar en balance por un valor insignificante que permita a través del mismo su reflejo y control en la contabilidad de la entidad”.

A nuestros efectos no parece que pueda prosperar este criterio, al no ser trasladable su directriz causal. Debemos distinguir entre aquellos elementos que no han sido objeto de anotación contable sin justificación racional de la omisión y aquellos otros que no lo han sido en virtud de principios como el de prudencia. En

el primer caso no cabría la aportación, a no ser que paralela y previamente se regularizase la situación fiscal de la sociedad aportante, ya que se trataría de elementos patrimoniales ocultos, conforme a lo dispuesto por el Art. 140 LIS.

En el segundo supuesto, sin embargo, los principios en que se sustenta la ciencia contable permiten la sustracción de las partidas de los libros oficiales. Asimismo la constancia en la Memoria posibilitará en cierta medida el control. En todo caso se podría intentar *reconstruir* el “valor contable” (precio de adquisición o coste de producción minorado en las amortizaciones y demás correcciones de valor deducibles) de los elementos.

5.3 El Art. 100 LIS como solución técnica imperfecta. Planteamiento del problema.

El criterio valorativo contenido en el Art. 100 LIS es intrínsecamente defectuoso. El problema básico estriba en que el hecho de cuantificar las participaciones de acuerdo con el valor contable de lo aportado ocasiona que la plusvalía tácita presente en la rama simultáneamente se comunique a los títulos.

En este contexto es indispensable destacar que, si la aportación es contra acciones nuevas, la emisión de acciones nuevas por parte de la beneficiaria, bajo el imperio del régimen genérico de tributación, no determinaría en sí misma la realización de ningún resultado económico gravable. Observamos pues, en este caso, como se desdobra artificialmente la única plusvalía fiscal que es la que, de no operar el régimen especial, se generaría en la sociedad transmitente por la renta imputable a la rama.

Nos hallamos ante un problema conectado con la irregular delimitación de las operaciones "tributarias". La idoneidad de la solución debe partir de la premisa de la airosa interrelación de ésta con el régimen genérico de imposición.

La conclusión, notablemente llamativa, consiste en que, de acuerdo con la sistemática de diferimiento, la entidad beneficiaria, obligada además a valorar la rama por el valor fiscal preexistente, recibe un tratamiento más perjudicial que el previsto en el régimen general, con motivo de la solución prevista.

En este sentido, conforme al régimen genérico, la única diferencia valorativa susceptible de tributación se manifestaría en la sociedad aportante. La hipotética diferencia para la beneficiaria entre el valor atribuido a los bienes aportados y el nominal de los títulos emitidos, en atención al fondo económico, lejos de considerarse renta fiscal para la entidad beneficiaria, se encuadraría como una prima de emisión de acciones por el mayor valor de los bienes sobre el capital emitido.

Esta regla se traduce pues en que en el futuro tráfico negocial puede gravarse una misma renta en el seno de dos sujetos distintos. El patrón de cómputo duplica la plusvalía larvada en la rama, la cual aflorará cuando se realicen por uno u otro sujeto las acciones o la rama aportada. Se origina un problema manifiesto de doble imposición económica, que rompe, abriendo además varias brechas, el principio de neutralidad.

Debemos detenernos en este punto, pues concurren circunstancias adicionales que agudizan la complejidad del esquema planteado. El estilo definitorio de la LIS desemboca, como hemos reiterado, en la aceptación en el molde de la "aportación tributaria" tanto del negocio de aportación enmarcado en un aumento de capital o constitución societaria como de la permuta de acciones propias como contravalor

de la rama.

Es fácil prever que la yuxtaposición de esta posible dualidad de negocios jurídicos con las fisuras consustanciales a la regla del Art. 100 delata la potencial apertura de una fuente de distorsiones ya que la esquemática general del Impuesto bascula sus construcciones en cambio, lógicamente, en torno a la nomenclatura negocial acuñada en Derecho Privado. Ello complica la interrelación grácil entre el régimen general y el especial y la resolución de la cuestión entreabierta.

En tal sentido debemos diferenciar entre las aportaciones con emisión de nuevas acciones y contra entrega de acciones viejas. De conformidad con el Art.15.3 LIS en las primeras sólo hay una plusvalía para la entidad aportante. Sin embargo si la aportación se efectuase contra valores en autocartera, nos encontraríamos, según el régimen genérico del IS, ante una permuta que instrumenta dos transmisiones cruzadas que originarían dos diferencias valorativas independientes gravables.

En otro orden de cosas Menéndez García²¹⁰ destaca que si el VNM de la unidad económica es inferior al valor que tenía en la entidad transmitente antes de la operación se generaría a su vez una “doble desimposición”. La renta negativa latente quedaría diferida tanto en la entidad adquirente como en la aportante.

En cualquier caso en un clima de regularidad contable tal supuesto no debiera producirse si la sociedad aportante dotó (de acuerdo con el Art. 187 LSA) las correcciones valorativas pertinentes y en su caso demás gastos contables fiscalmente aceptables.

El Art. 108.3 LIS prevé, para la aportación no dineraria especial, que “Los elementos patrimoniales aportados no podrán ser valorados a efectos fiscales por un

²¹⁰ “Regímenes especiales...” Op.Cit.Pág.17.

valor superior a su valor normal de mercado”.

En este punto no ensambla la regulación de la aportación no dineraria “común” con la de la especial. El valor fiscal en sede del sujeto aportante no puede trasladarse, tal cual, al sujeto adquirente en caso de que exceda el VNM del elemento, lo que si bien ahorra el problema de desimposición expuesto puede desembocar en situaciones injustas.

5.3.1 Vías teóricas de solución.

En la aportación contra acciones nuevas efectivamente el impuesto queda a la vez diferido en las dos sociedades. El legislador se ve obligado a arbitrar una solución pues la circunstancia reseñada rompe la mecánica de suspensión de la carga tributaria asociada a la operación, aunque el impacto se provoque sobre una traslación, la de los títulos, que en un plano de inmediatez, se halle sustraída del eje del diferimiento. En definitiva se trastocarían las coordenadas fiscales previas a la transmisión.

La solución admitiría diversas variantes. Podría operar cercenando en su raíz la génesis del problema mediante la valoración de los activos o de las acciones entregadas, en contraprestación, según valores de mercado obviando el fenómeno de la duplicación. También podría incardinarse en un momento posterior (una vez ya larvado el problema) persiguiendo a posteriori el restablecimiento de la situación, como es el actual criterio legal. A su vez podría incidirse en la deducción por doble imposición²¹¹ a conceder a la entidad aportante, que se convierte en socia de la beneficiaria.

Otra opción estribaría en insertar una exención en sede de la entidad

²¹¹ Caamaño Anido M.A. (Estudios sobre..., Op.Cit.Pág.342 y 343) se muestra partidario de permitir la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos. De este modo entiende que se podría deducir sobre el incremento patrimonial causado al tenedor de las acciones, que se corresponde con la plusvalía insita en los elementos aportados.

aportante para que, cuando enajene los valores, resulte neutralizado el gravamen efectivo hasta el importe de la plusvalía sedimentada en el momento de la operación, impidiendo la sobreimposición en el instante en que la misma fluiría.

Navarro Egea ²¹² como una consecuencia natural de la noción de continuidad:”toda vez que si se pretende que la operación no tenga trascendencia tributaria y, consiguientemente no se tienen en cuenta los valores reales, parece razonable que los valores recibidos en contraprestación tampoco reflejen esta realidad y se valoren atendiendo al valor neto contable de los bienes”.

Sánchez Oliván²¹³ , en un primer momento, considera que la perspectiva de un doble gravamen “no es nada más que una consecuencia de la propia naturaleza de la operación. La aportación a una sociedad, recibiendo acciones de ésta como contrapartida, produce un desdoblamiento en dos de una única inversión”. Es decir, desde esta óptica, la operación sería *neutral* en cuanto se eliminan sus inmediatas consecuencias tributarias.

La Directiva 90/434/CEE no se pronuncia sobre la solución valorativa respecto de los activos financieros. En realidad, si se profundiza en el substrato jurídico y económico, la inercia de la continuidad de valores no cuaja con naturalidad de seguirse la alternativa prevista por la LIS. La regla ha sido objeto, como hemos indicado, de crítica por diversos autores.

Ruibal Pereira²¹⁴ resume como el problema no aparece cuando se perfecciona la operación sino en un momento posterior, esto es, “cuando los bienes aportados y las participaciones recibidas se realicen (generalmente mediante enajenación), ya

²¹² Fiscalidad... Op.Cit.Pág.204.

²¹³ La fusión... Op. Cit. Pág.352.

²¹⁴ Estudios sobre... “ Op.Cit., Pág.477 y siguientes.

que nos encontramos con que el juego de las dos reglas del Art. 99 y 100 LIS) puede convertir una inicial neutralidad fiscal de la operación en una posterior sobreimposición”.

En definitiva, como consecuencia de la conjunción de los Art. 99 y 100 LIS, se ocasionará un problema de doble imposición económica, ya que una única renta tributará, en dos ocasiones, en el seno de dos sujetos distintos, cuando sólo existe una plusvalía armoniosamente susceptible de gravamen.

El tratamiento dispensado a la traslación de la rama se corresponde con los presupuestos de la neutralidad, la renta fiscal latente es inhibida y la expectativa de gravamen traspasada. Ahora bien, para analizar la bondad técnica de la solución, debe contemplarse la operación desde una óptica global. A tal efecto ocurre que la opción de valoración de los títulos, en sí misma, provoca una alteración de la perspectiva de gravamen futuro. La solución sólo podría resultar idónea si nos ceñimos al prisma restringido de la sociedad adquirente de la rama.

En definitiva esta regla violenta el ideal de neutralidad, sin perjuicio de que el Art. 109 LIS prevé el correspondiente itinerario de corrección que formalmente cerrará la grieta abierta. Se arbitra una solución conservadora que emborrona la interrelación lógica con el régimen genérico de tributación, ya que la entidad beneficiaria recibe una artificiosa carga fiscal potencial ajena a la armonía económica y a razones de técnica tributaria.

En esta línea Sánchez Oliván²¹⁵ rectifica su primera impresión sobre el tema. Según este autor, el objetivo de neutralidad debe llevar a intentar eliminar y diferir los gravámenes que traben el desarrollo de la operación tomando como modelo el régimen general de tributación. En esta línea efectivamente en las fusiones y

²¹⁵ La fusión y la escisión... , Op.Cit. Pág.580 a 582 y 587 y SS.

escisiones todo sigue igual si nada cambia en coherencia con su estructura. Ahora bien en las aportaciones contra acciones nuevas la neutralidad se conseguiría haciendo que por una parte el aportante diera a los valores recibidos el que tenía los bienes que entregó. Por otra en sede del adquirente debería asignarse a los bienes adquiridos el valor que realmente les correspondiese en el momento de la aportación.

El juego de inhibición de la imposición, bajo esta visión, se circunscribiría objetivamente sobre las coordenadas con significación tributaria de la transferencia patrimonial presente.

Ahora bien el traslado de la expectativa de carga tributaria no se lograría si se permitiera a la sociedad beneficiaria atribuir un valor fiscal coincidente con el valor real o convenido. Por otra parte la “aportación fiscal” engloba a la operación de aportación contra acciones viejas, cuya calificación en el régimen genérico de tributación es completamente diferente. Esta premisa complica cualquier intento de solución unitaria acorde con las coordenadas técnicas del régimen genérico.

El problema surge con la contraprestación materializada en acciones nuevas, como su emisión es ajena a la esquemática fiscal, debieran, en principio, valorarse dichos títulos por su valor real en dicho momento. De hecho la Directiva impone la continuidad valorativa para el conjunto aportado, sin pronunciarse acerca de la debida valoración de los títulos²¹⁶.

De esta manera se cederían íntegramente las expectativas de gravamen a la sociedad beneficiaria, pero corrigiendo la situación ahora en sede de la aportante, bloqueando la duplicidad de plusvalías potenciales. Esta previsión chocaría, no

²¹⁶ Cabe destacar que, por ejemplo, el ordenamiento italiano ha adoptado la misma regla fiscal de cuantificación de las participaciones.

obstante, con los problemas que resaltaremos.

La otra solución sería la seleccionada actualmente por la LIS, es decir permitir la generación del problema y cerrar a posteriori las fisuras. En esta línea, como expusimos, podría o bien aplicarse el régimen previsto, permitiendo con posterioridad a la sociedad aportante la práctica de una deducción por doble imposición o bien articular una exención para la sociedad aportante en el momento en que enajene los valores recibidos y hasta el importe de la plusvalía latente en el punto cronológico correspondiente a la operación, cerrando así la grieta de sobreimposición.

Cabe comentar, en relación con esta última propuesta, la complicación de cristalizar dicha exención sobre una franja de un incremento patrimonial, el teórico existente en el momento de la aportación. Máxime dada la difícil cuantificación de los títulos.

Ruibal Pereira²¹⁷ propone sortear el mandato actual del Art. 100 LIS y valorar las acciones recibidas a precios de mercado de acuerdo con el Art. 15.2.b) LIS, con lo que la plusvalía que afloraría cuando se enajenen los valores sería la larvada una vez consumada la operación, filtrándose así la acumulada hasta ese momento.

Sin embargo esta opción arrojaría objetivos problemas ante la delicada tasación del valor mobiliario, dado que podrían planificarse minusvalías ficticias en los títulos. En cualquier caso, en un modelo ideal, efectivamente, la solución consistiría en la valoración de los títulos por su valor real que, en definitiva, sería el de los bienes aportados en contrapartida.

La normativa mercantil (Art. 38.1 TRLSA) prevé la necesidad de un informe pericial para las aportaciones no dinerarias. Cabe poner de relieve la exigencia sin

²¹⁷ Estudios sobre..., Op.Cit. Pág.481.

especialidad de valoración por expertos de la empresa o rama aportada²¹⁸. El Registrador denegará la inscripción cuando el valor escriturado exceda del atribuido por el experto independiente, por él designado, en más de un 20 por 100.

Este informe brindaría un soporte valorativo, e indirectamente (se entiende en el supuesto de aportación contra acciones nuevas), salvaguardaría los intereses fiscales. Sin embargo, en primer lugar, por ejemplo, la regulación propia de la sociedad limitada proporcionaría una inferior garantía de veracidad patrimonial una vez que no se precisa necesariamente el informe del experto. En segundo lugar la norma mercantil sólo ordena la denegación de la inscripción registral bajo las circunstancias explicadas, relativamente permisivas.

En este contexto el legislador opta por la solución juridificada, sin perjuicio de que lleve aparejada un grado de imperfección técnica que repercutirá sobre el tráfico negocial ulterior y que no se limita a la arista de sobreimposición destacada.

5.3.2 Casuística derivada de la duplicidad de canales contractuales susceptibles de encaje en la *aportación fiscal*.

Advertimos como la específica transmisión de la rama es, en realidad, la contemplada por el diferimiento. En este sentido en la hipótesis de una operación jurídica de permuta asimilada a la “aportación fiscal”, podría interpretarse que la transmisión de los títulos a la beneficiaria tributaria, de acuerdo con el Art. 15.3 LIS, en función de la esquemática general del impuesto, al hallarse desconectada de la estricta vertebración del diferimiento.

²¹⁸ En este sentido se pronunció la Resolución de la DGRN de 18/06/1998.

El régimen especial, a través del conducto de admisión del Art. 97 LIS, sustrae a la referida “permuta” de su ordinario cauce de tributación. Esta circunstancia podría derivar, desde otro ángulo, en la ignorancia de la ordinaria relevancia fiscal derivada de la transmisión de las acciones viejas. De este modo, una vez subsumida la operación en el régimen, su calificación como aportación induciría a desconocer la plusvalía motivada por la transferencia de los títulos.

En la hipótesis de una renuncia parcial, en esta modalidad de aportación, deberíamos, de plegarnos a esta interpretación, distinguir, dentro de la porción unitaria transmitida, dos calificaciones. Constaríamos, para una porción patrimonial (la sometida al imperio del régimen genérico) dos traslaciones cruzadas con trascendencia fiscal como es consustancial a la permuta.

Sin embargo entendemos que, en la aportación contra acciones viejas, el diferimiento centra su atención en la diferencia valorativa que puede provocarse con motivo de la transferencia de la aportante a la beneficiaria. Desde dicha óptica la transmisión del sujeto beneficiario al aportante debe ser efectivamente gravada, dado que existe renta económica apta de imposición y no hay fundamento racional de exclusión de gravamen²¹⁹.

El diferimiento se proyecta sobre las piezas de la operación a que atiende su esquemática lógica, pero no puede arrastrar otros engranajes que, coyunturalmente, en función del desarrollo jurídico de la operación y las construcciones del régimen genérico, ostenten relevancia fiscal.

²¹⁹ Berché E. (Las operaciones..., Op.Cit.Pág.381) destaca que cuando se articule la operación mediante permuta se producirá renta gravable en la entidad adquirente.

5.4 Restablecimiento del equilibrio impositivo.

La reiterada regla origina, en definitiva, una fisura en la armonía del esquema, la cual tendrá que ser objeto de remiendo. El legislador constata que, como sucede con las análogas reglas de los artículos 100,101.2 y 108, según la entidad adquirente contabilice por valores contables o reales la metodología de obtención del equilibrio de imposición será diferente.

En el primer caso el despliegue conjunto de las piezas correctoras (Art. 109 LIS) garantizará el equilibrio teórico. La clave radica en la posibilidad de reflejar reserva contable. Sobre esta premisa puramente técnica pivotará la mecánica correctora. Si la entidad adquirente contabiliza por el valor histórico, el ajuste adquiere un cierto automatismo en su despliegue. Si la compañía adquirente contabiliza según valor de mercado, la esquemática no alcanza a culminar el equilibrio de gravamen, lo que requerirá la introducción de ajustes directos.

Por lo demás un inconveniente de la contabilización por valores reales estribaría en que los sucesivos gastos contables por dotación a amortización se computarían sobre una base amortizable superior a la fiscal, con la necesidad consiguiente de practicar ajustes extracontables al resultado contable en los posteriores períodos impositivos.

5.4.1 Modelo ideal bajo la premisa de la racionalidad en la conducta de los agentes económicos.

Debemos partir de que se logrará el equilibrio de imposición cuando la renta neta fiscal que finalmente tribute se ajuste a la en su momento diferida, considerando para ello el conjunto de entidades partícipes.

De este modo, para culminar dicho equilibrio, bajo la premisa teórica de la racionalidad en la conducta de los agentes económicos, se desplegará un mecanismo de ajuste compuesto por dos tipologías de herramientas: los gastos contables fiscalmente deducibles para la determinación de la base imponible (provisiones o amortizaciones) y las piezas correctoras que desplegarán su virtualidad en cuota (deducción por doble imposición de dividendos).

Si efectuamos una inmersión en el itinerario ideal podemos distinguir:

A) Entidad Adquirente contabiliza por valores contables.

La contabilización según valor histórico permitirá, cuando se realice la renta contenida en los elementos, derramar la misma en el resultado contable. A su vez ello pone en marcha el mecanismo corrector basado en el reflejo de las rentas en el resultado contable y el ulterior reparto de dividendos con cargo a ellas.

Como el valor neto contable registrado en su momento puede diferir del fiscal, puede suceder que ahora la renta contable no coincida con la renta gravable. Habría que considerar, en todo caso, el intervalo cifrado tributario diferido.

Podríamos, pues, distinguir la siguiente secuencia lógica: Como consecuencia de la aportación la entidad transmitente de la rama pasa a ser partícipe en el capital de la adquirente. Cuando ésta transmita los elementos componentes realizará el consiguiente beneficio, el cual se ajustará al importe de la renta diferida (en la porción que nos interesa). A continuación esta última sociedad repartirá el dividendo conectado con este beneficio, el cual se integrará en la base imponible de

la entidad socia perceptora, ubicada como transmitente en la operación de reestructuración.

El gravamen derivado de este ingreso financiero no conllevará cuota efectiva, sino quedaría neutralizado en su estructura liquidatoria, ya que (de conformidad con el Art. 109 LIS) se detentaría derecho a practicar la deducción por doble imposición de dividendos al 100 por 100, sea cual sea el grado de participación ostentado.

El proceso de reajuste se pone en marcha automáticamente cuando se consuman las ulteriores transmisiones que afloran las rentas. En cualquier caso, si la entidad beneficiaria reparte los dividendos derivados de las rentas antes de que la aportante transmita los títulos, la consiguiente minoración de su valor teórico patrimonial impedirá que cuando transmita los activos exteriorice renta fiscal.

En la hipótesis de que sea la entidad transmitente de la rama quien transmita los valores recibidos en contrapartida dicha enajenación generaría un beneficio, coincidente con la renta diferida, (una vez recortado por el mercado el importe del impuesto sobre los beneficios latente), que la entidad deberá reconducir a su base imponible sin especialidad alguna.

Como el equilibrio de imposición se predica del conjunto de los sujetos implicados, el anterior gravamen se anulará a través de su compensación en el seno de la sociedad que se subroga, a través de la referida transmisión, en la titularidad de los valores y por tanto en la posición de partícipe en el capital de la adquirente de la rama.

En efecto cuando la nueva sociedad titular de los valores perciba el dividendo engarzado con la renta generada en la compañía adquirente de la rama (como consecuencia de su realización), por una parte podrá imputar como gasto deducible

la dotación a provisión por depreciación de la cartera de valores por un importe equivalente al del referido dividendo (consecuencia de la disminución del patrimonio neto de la compañía que lo reparte) anulándose la incidencia en la base imponible del ingreso financiero. Por otra parte, no obstante lo anterior, gozará asimismo del derecho a aplicar la deducción por doble imposición al 100 por 100, con independencia del umbral de participación en el capital.

Por su parte si la entidad que se posicionó, en su momento, como transmitente enajena los valores, tampoco se generará doble imposición en la medida en que pueda aplicar la deducción por doble imposición del Art. 28.5 LIS.

B) Entidad adquirente contabiliza por valores reales.

Se produce una discordancia entre la cuantificación fiscal y la contable. En una ulterior transmisión no podría reflejarse renta contable, derivada del conocido paréntesis cifrado, el cual evidentemente sí redundaría en renta fiscal. Correlativamente no cabría aplicar la correspondiente reserva ni el reparto de dividendos ligado a dicha renta.

A su vez dicha traba desbarataría la esquemática correctora concatenada que parte de dicha distribución como presupuesto para aplicar tanto la deducción por doble imposición como el gasto fiscal de la provisión por depreciación. En definitiva se produce el indeseable fenómeno de sobreimposición, para cuya subsanación el Art. 109.2 LIS prevé, como último recurso, la posibilidad de aplicar ajustes.

VI. NORMAS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN. METODOLOGÍA DE OBTENCIÓN DEL EQUILIBRIO IMPOSITIVO.

En concreto, según hemos advertido, como consecuencia de las reglas de cómputo de los artículos 100, 101.2 y 108, se prevén una serie de medidas tendentes a evitar la doble imposición económica sobre una misma renta que puede provocarse.

A tal efecto el Art. 109 LIS excepciona la operatoria habitual en el Impuesto de la provisión por depreciación (partida deducible en base imponible) de la participación derivada de la distribución de beneficios, así como de la deducción en cuota por doble imposición interna e internacional de dividendos. Finalmente se prevé la posibilidad de práctica de ajustes como última solución para restablecer el equilibrio de imposición.

Estas medidas, según hemos explicado, cobrarán operatividad en el momento en que los elementos sean enajenados por la entidad que se posicionó como adquirente en la operación de reorganización.

De conformidad con el Art. 109.1.a): “Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos a que se refiere el Art. 28.2 de esta Ley cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio.

Igual criterio se aplicará respecto de la deducción para evitar la doble imposición interna de plusvalías, a que se refiere el Art. 28.5 de esta Ley, por las rentas generadas en la transmisión de la participación”(Art. 109.1.a)).

Así pues, sin necesidad de cumplimentar el requisito de participación mínima del 5 por 100 señalado en el Art. 28.2 o 28.5 LIS, el porcentaje de deducción sobre

los dividendos que provengan de las rentas imputables a los bienes aportados ascenderá al 100 por 100.

El Art.109.1.b) indicaba”: Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados tendrán derecho a la deducción por doble imposición internacional de dividendos, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio.

La depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios a que se refiere el apartado anterior, será fiscalmente deducible, cualquiera que sea el grado de participación del socio”.

La Ley 14/2000 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dio nueva redacción a este apartado en los términos siguientes: “a) Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos a que se refiere el artículo 28.2 de esta Ley, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio y su antigüedad. Igual criterio se aplicará respecto de la deducción para evitar la doble imposición interna de plusvalías a que se refiere el artículo 28.5 de esta Ley por las rentas generadas en la transmisión de la participación.

Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados tendrán derecho a la exención o a la deducción para evitar la doble imposición internacional de dividendos cualquiera que sea el grado de participación del socio. La depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios a que se refiere el apartado anterior no será fiscalmente deducible, salvo que el importe de los citados beneficios hubiera tributado en España a través de la transmisión de la participación”.

La novedad radica, en relación con la deducción para evitar la doble imposición interna, en la referencia a la antigüedad. El porcentaje de deducción ascenderá al 100% salvándose tanto el condicionante de que los dividendos procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5% como de que dicho porcentaje se hubiera tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya.

En esta línea cabe considerar que, con frecuencia, la sociedad que repartirá los dividendos será de nueva constitución. Asimismo se suprime la interrelación entre la deducción de la depreciación y el grado de participación que no conjugaba con el régimen general del impuesto.

Asimismo, en relación con la deducción para evitar la doble imposición internacional, se inhibe el requisito del cumplimiento del porcentaje de participación pero sí se precisa que, cualquiera que fuese tal porcentaje de participación sobre la entidad participada, el mismo debe haberse tenido un año con anterioridad a la distribución del dividendo.

Por otra parte se exige, para que sea deducible la depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios, que el importe de éstos haya tributado en España a través de la transmisión de la participación, para evitar que resulte neutralizada la tributación en España si la entidad transmitente no es residente en nuestro país.

Se exceptiona así la operatividad del Art. 28.4.e) LIS que, como regla general, bloquea la aplicación de la deducción cuando la distribución haya producido una depreciación en el valor de la participación a efectos fiscales (salvo que se pruebe que la concurrencia de ambos mecanismos no genera defecto de imposición).

6.1 Ajustes en caso de que la entidad adquirente contabilice por valores reales.

La opción escogida ocasiona que cuando esta entidad transmita los bienes no podrá registrar resultado contable derivada de la conocida franja cuantitativa. A su vez no cabría el reparto de dividendos, ni aplicarse las medidas que en la órbita del socio descansaban en dicha premisa técnica.

La solución arbitrada consistía en permitir que la entidad adquirente practicase, en el momento de su extinción, un ajuste de signo contrario al que fuerza la citada desavenencia valorativa. Es decir, como para determinar la base imponible del período impositivo en que se enajenó la rama, hubo que efectuar un ajuste positivo al resultado contable, en el momento de la extinción esta entidad realizaría un ajuste de signo negativo.

No obstante resultaba criticable la espera a la extinción, debido a la absoluta indeterminación temporal, al efecto de la depreciación monetaria e incluso a la posibilidad de interferir sobre la libre formación de la voluntad social, precipitando la disolución de la sociedad con motivos de aprovechamiento fiscal.

Precisamente una sociedad, en buena lógica, se extinguirá frecuentemente cuando no desempeñe eficientemente su funcionalidad económica. Por tanto este ajuste negativo podía ser baldío si se efectuaba en una base imponible que a menudo ya sería negativa, sin que tampoco pudiera ser aprovechada en un futuro compensándola con futuras bases positivas. Una solución estribaba en fusionar a la sociedad participada, para que la adquirente pudiera aprovechar el derecho a practicar el ajuste descrito en virtud de la sucesión a título universal acaecida.

El momento de extinción debía entenderse referido a la imputación del ajuste señalado en la autoliquidación del IS devengado el último día del período impositivo, que precisamente concluiría con motivo de la extinción de la entidad

(Art.24.2.a) LIS). A su vez debía interpretarse el término *extinción*, de acuerdo con el Art.23.2 LGT, como la pérdida de la personalidad jurídica a través del oportuno proceso de disolución y liquidación.

En cualquier caso la Ley 14/2000 altera el sistema de implantación del ajuste. El Art. 109.2, según el Art. 2.cinco.2 de dicha Ley, adopta el siguiente tenor: “Cuando por la forma en como contabilizó la entidad adquirente no hubiera sido posible evitar la doble imposición por aplicación de las normas previstas en el apartado anterior dicha entidad practicará, en el momento de su extinción, los ajustes de signo contrario a los que hubiere practicado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 100, 101.2 y 108 de esta Ley. La entidad adquirente podrá practicar los referidos ajustes de signo contrario con anterioridad a su extinción, siempre que pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión”.

En cualquier caso este itinerario de corrección de la sobreimposición está ceñido a un escenario que presupone un concreto escalonamiento en las decisiones de los agentes económicos implicados. Estas decisiones, a su vez, generarán unas determinadas consecuencias jurídico mercantiles y contables que permitirán a la norma fiscal cuajar sus efectos.

El presupuesto de correlación entre dividendos y rentas será siempre imperfecto y asimétrico. Asimismo el reparto de dividendos puede producirse en ejercicios posteriores o relegarse indefinidamente. Por ejemplo en razón de los condicionantes de nuestra legislación societaria. Además la distribución de dividendos descansa en la hipótesis de existencia de beneficio contable. La generación de tal beneficio no depende obviamente únicamente de las conocidas

rentas.

En este sentido hubiera resultado extremadamente positivo cortar, en su raíz, el problema que puede derivarse de las reglas valorativas, las cuales tratan de ser objeto de remiendo, sin perjuicio de las dificultades explicadas.

VII. REGIMEN FISCAL DEL CANJE DE VALORES.

El Art. 101.1 LIS establece que “No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto, las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que cumplan los requisitos siguientes...”.

Los requisitos detentan similar filosofía que los enunciados por el artículo 98, o sea garantizar la posibilidad, para la Hacienda Pública española, de gravar ulteriores transmisiones. Se requiere, de conformidad con la nueva redacción del Art. 101 LIS dada por el Art. 2.Tres de la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas del orden social:

- a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado, siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.
- b) Que la entidad que adquiere los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.

La anterior redacción del Art.101.1.b) solicitaba para la aplicación del régimen especial que “tanto la entidad que adquiriera los valores como la participada sean residentes en territorio español o estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE”.

De esta manera observamos, dentro de una tendencia dirigida a potenciar el canje, un ensanchamiento en la esfera de aplicación del diferimiento. El requisito de residencia sólo se aplicará respecto de la entidad dominante. Surge la posibilidad de proyectar las ventajas fiscales sobre aquellas operaciones, en las cuales se aporten a una entidad española dominante participaciones en el capital de sociedades no residentes en la Unión Europea.

Además, aparentemente de manera superflua, la Ley 14/2000 añade un nuevo apartado al artículo 101 LIS, el sexto de acuerdo con el cual: “6.Las operaciones de canje de valores que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo no podrán acogerse al régimen previsto en el presente capítulo”.

La participación de algún socio que no cumpla los requisitos citados no altera la calificación fiscal del canje de valores, aunque no les resulte de aplicación el régimen especial. Ahora bien, aquellos socios partícipes en el canje que no cumplimenten los requisitos relativos a la residencia, se hallarán sujetos por la renta generada, en su caso, en el canje, de acuerdo con las normas generales del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, sin perjuicio de lo establecido, en su caso, por los Convenios para evitar la Doble imposición que resulten aplicables ²²⁰.

La línea predominante encasilla al régimen fiscal del canje de valores como revestido de autonomía sistemática dentro del más amplio tejido del diferimiento. La consecuencia sería la no aplicación supletoria de instituciones como la renuncia

²²⁰ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 27 de diciembre de 2001 (cv nº 0078-01).

parcial²²¹, la cual, por lo demás, resultaría de compleja plasmación práctica, dada la estructura de esta operación, donde pueden existir un gran número de socios transmitentes.

7.1 Valores recibidos por la entidad que realiza el canje.

7.1.1 Controversia doctrinal.

En este marco han existido diversas tesis en cuanto a la correcta valoración fiscal de los títulos recibidos por la sociedad que pasa a ostentar el dominio.

Resultan trasladables las reflexiones expuestas en torno al Art. 100 LIS. Debemos recordar que la sociedad dominante (si el canje se instrumenta mediante aportación contra títulos nuevos) ocuparía, en el régimen genérico de imposición, una posición económica y fiscal neutral.

En tal sentido, básicamente, podría defenderse o bien que los valores adquiridos tuviesen un valor fiscal igual al que tenían en el seno de los socios antes de realizarse el canje, o bien atenderse al valor real o convenido entre las partes.

La segunda solución es la ideal técnicamente. No obstante el riesgo de sobrevaloración es elevado. Por ejemplo podría pactarse un valor convenido que sobrepasase artificialmente el VNM, enmascarado el exceso en el pago de una prima de control, cuando materialmente ya se ejercía el poder de decisión. De esta manera cabría sobrevalorar los títulos adquiridos por la compañía dominante, lo que provocaría pérdidas fiscales cuando se enajenasen, sin afectar a la posición

²²¹ La consulta DGT de 13-6-2001 (cv, nº 0047-01) interpreta que ante una operación de canje de valores la entidad adquirente podrá optar o no por la aplicación del régimen especial (artículo 110.1 LIS), pero no será posible la renuncia parcial al disfrute de determinados beneficios del régimen (por ejemplo al diferimiento)”.

fiscal del socio aportante.

López Santacruz destacó que, como la estructuración usual del canje de valores era a través de una aportación no dineraria, debieran extenderse las normas valorativas aplicables a las aportaciones de ramas y, por ello, valorarse la participación sobre la dominada proveniente de los socios por el mismo valor que tenía en el seno de éstos.

Caramés Nieto sostuvo que, para la dominante, incluso en el marco del diferimiento, el valor a atribuir a la participación adquirida debía ajustarse al principio del precio de adquisición, al hallarnos ante una situación ajena a las previsiones lógicas del régimen especial, que por consiguiente no precisaba ninguna regla de valoración específica.

7.1.2 Regulación.

De conformidad con el Art. 101.2 LIS “los valores recibidos por la entidad dominante que realiza el canje de valores se valorarán por el valor que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, según las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto que su valor normal de mercado fuere inferior, en cuyo caso se valorarán por este último”.

Así pues el Art. 101.2, en coherencia con la solución esbozada por el Art.100, se pliega al valor histórico que detentasen los títulos en el patrimonio de los socios que realizan la aportación, acudiendo para su determinación a la esfera normativa del impuesto personal que corresponda, introduciendo paralelamente el cerrojo del VNM para taponar sobrevaloraciones artificiosas, en un terreno teóricamente abonado a dicha práctica.

Podríamos repetir similares consideraciones a las vertidas en relación con la polémica respecto de las acciones recibidas en la aportación no dineraria, en cuanto a la idoneidad de la regla.

Concretamente, en el supuesto de estructuración jurídica como permuta, queda en el aire el tratamiento de la diferencia derivada de la traslación de la entidad dominante a los socios de la dominada. En realidad, dada que esta diferencia es ajena a la mecánica del diferimiento, cabe interpretar la procedencia de su imposición.

En la hipótesis de que, con motivo de su residencia fiscal, no se manifieste renta a efectos de la jurisdicción fiscal española ni a nivel de entidades transmitentes ni de sus socios, entonces dicha circunstancia desarticularía las bases del régimen del diferimiento previsto para el canje de valores.

En cualquier caso cabía pensar que, si se cumplimentaba el concepto de canje de valores, la entidad dominante residente en España debía valorar fiscalmente los valores recibidos de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 99.2 LIS, que trasciende la órbita del régimen especial ²²².

De hecho el Art. 2.Tres de la Ley 14/2000 acoge, ya expresamente, esta tesis estableciendo que “En aquellos casos en que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado”.

²²² Esta es la interpretación de la consulta DGT de 13 de julio de 2000 (cv nº 0062-00).

7.2 Valores recibidos por los socios.

De acuerdo con el Art. 101.3 “los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados”.

En realidad se trata de una transposición de la regla prevista para los socios en el Art. 102.2 LIS, el cual aborda la posición del socio de la entidad transmitente en el marco de la fusión y escisión. El fondo económico, en ambos casos, radica en una sustitución de activos financieros.

La diferencia esencial entre el IRPF y el IS, en cuanto a la valoración fiscal de las participaciones recibidas por el socio, radica en el criterio de distribución del valor entre la cartera de títulos. Mientras el IRPF incorpora el criterio del precio de adquisición, la normativa del IS atiende al coste medio ponderado. En este segundo caso, cuando difieran la cantidad de títulos entregados y recibidos, puede resultar alterado dicho coste medio, al prorratearse un mismo valor entre distinto número de títulos.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 8.2 de la Directiva 90/434/CEE, la no integración de la renta en la base imponible del impuesto que grave los beneficios del socio, “no impedirá a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución”.

Así pues, en este caso (socio persona jurídica y relación de canje no paritaria),

habría que determinar el nuevo coste de adquisición por acción recibida de manera que, en la hipótesis de enajenación futura, las rentas a computar resultasen las mismas que se hubiesen obtenido en función de la antigüedad de los títulos entregados en el canje. Sólo este criterio es acorde con el principio de neutralidad y la lógica subrogatoria.

En esta línea los valores recibidos por los socios tendrán, a efectos fiscales, la misma fecha de adquisición que los valores entregados, no sólo a efectos de la aplicación del Art.15.11 LIS sino también, por ejemplo, para el cómputo del requisito del año a que se refiere el Art.21 LIS (reversión de beneficios extraordinarios) en caso de que se transmitan los valores recibidos.

La variación del porcentaje de participación del socio en la nueva sociedad, en contraste con la participación mínima de referencia del 5% que surte distintos efectos en la estructura del IS, puede provocar una diferencia en su futura imposición (a efectos por ejemplo de la aplicación de la deducción por doble imposición). Se trataría, en este caso, de una simple divergencia natural, que no vulneraría la continuidad debida.

El Art.101.4 indica que “En el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor que se refiere el artículo anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles. La parte de deuda tributaria correspondiente a dicha renta podrá aplazarse, ingresándose conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en que se transmitan los valores, a cambio de que el sujeto

pasivo garantice el pago de la misma”.

El Art. 101.4 imputa las citadas plusvalías al período impositivo en que el socio, persona física o jurídica, pierda la cualidad de residente en territorio español, con independencia de que el ingreso efectivo pueda diferirse hasta el período en que se transmitan los valores ingresándose conjuntamente con la declaración correspondiente a este período impositivo.

Se requiere que el sujeto pasivo garantice el pago, entendiéndose válido, al no especificarse lo contrario, cualquier medio de garantía suficiente conforme a derecho. El aplazamiento depende de la voluntad del sujeto sin precisar pronunciamiento administrativo alguno.

El esquema considera que el intervalo temporal del diferimiento cesa cuando el socio deje de ser residente, en cuyo instante hay que determinar la plusvalía gravable.

El Art. 101.5 establece la inmediata integración en la base imponible del respectivo tributo, en este caso no cabe aplazamiento, de las rentas obtenidas en operaciones en las que intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales u obtenidas a través de los mismos.

VIII. TRIBUTACION DE LOS SOCIOS EN LAS OPERACIONES DE FUSION, ABSORCION Y ESCISION TOTAL O PARCIAL.

En las operaciones de fusión y escisión total y parcial, sin la operatividad del diferimiento, se generaría renta fiscal para los socios por diferencia entre el valor

normal de mercado de la participación recibida y el valor contable de la anulada de conformidad con el Art. 15.7 LIS.

De acuerdo con el artículo 8.1 de la Directiva 90/434: “La atribución con motivo de una fusión, una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la 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”.

El régimen especial arbitra una solución que inhiba la carga tributaria dimanante de la atribución de valores, contravalor de la transferencia en bloque del patrimonio de la entidad escindida o fusionada, comprendiendo así el acabado conjunto de la operación. En esta esfera el diferimiento tiene carácter obligatorio.

El Art. 102.1 LIS establece que “1. No se integrarán en la base imponible, las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la entidad transmitente siempre que los mismos sean residentes en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español”.

2. Los valores recibidos en virtud de las operaciones de fusión, absorción y escisión, total o parcial, se valoran, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida”.

La Disposición Final 2ª de la Ley 40/1998 del IRPF ha dado nueva redacción al Art. 102.2 indicando que a efectos del calculo de rentas en transmisiones futuras los valores recibidos por los socios “conservarán la fecha de adquisición de los entregados”, conclusión que ya se deducía de la propia lógica interna del sistema.

En caso de que la plusvalía, puesta de manifiesto en la atribución de valores, se someta a gravamen, por no ser de aplicación el régimen, la fecha de adquisición de los títulos recibidos será aquella en que surte efectos jurídicos el canje.

El Art.102.3 subraya que”: En el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del o de este impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles.

La parte de deuda tributaria correspondiente a dicha renta podrá aplazarse, ingresándose conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en que se transmitan los valores, a condición de que el sujeto pasivo garantice el pago de la misma”.

Asimismo de conformidad con el Art.102.4”: Se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este impuesto las rentas obtenidas en operaciones en las que intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales u obtenidas a través de los mismos”.

Podemos cuestionarnos la posibilidad de que el régimen especial se manifieste únicamente en la esfera de los socios, y no de las entidades transmitentes, en función de la residencia fiscal de las entidades. En efecto el criterio preponderante es que el régimen de diferimiento se proyecta a nivel de los socios aunque el restante cuerpo del régimen se sustraiga de su marco.

Para los socios personas físicas, en el marco del IRPF, los valores homogéneos se valoran de forma individualizada, considerándose, en la hipótesis de ulterior transmisión, que se han transmitido aquellos adquiridos en primer lugar por el transmitente (criterio FIFO).

De este modo la filosofía de neutralidad que, como sabemos, impregna la comprensión del régimen, conduce a que cada paquete de títulos adquirido en un momento diferente deba identificarse de modo diferenciado en el canje, dado que las acciones recibidas imputables a cada paquete conservarán la fecha y el precio de adquisición de las entregadas. A tal efecto no se alteraría la tributación, en la hipótesis de transmisión de estos valores, en contraste con las rentas fiscales que hubiesen aflorado de no haber acaecido la transmisión y el consiguiente canje de títulos ²²³.

Por otra parte la DGT²²⁴ ha interpretado que en una operación de escisión entre dos sociedades, cuyo único socio fuese la misma persona física, la renta manifestada por dicho socio no podría ampararse al diferimiento impositivo, a

²²³ Así se especifica en Memento Práctico. Impuesto sobre Sociedades 2001, Op. Cit. Pág. 1184.

²²⁴ Así la consulta DGT de 18 de diciembre de 2000 (2359-00). En el mismo sentido (en otro supuesto de escisión entre dos sociedades con los mismos socios y proporciones en el capital) se pronuncia la consulta DGT de 13 de diciembre de 2000 (cv nº 0095-00), en relación con el Art. 102 LIS.

pesar de cumplimentar las condiciones mercantiles y, formalmente, las fiscales, en el sentido de que no sería aplicable la previsión consistente en la neutral conservación de la antigüedad de los títulos con la consiguiente repercusión en el IRPF de los socios.

Ahora bien esta conclusión se aferra a una calificación eminentemente económica, cimentada en que la contabilización de la recepción del patrimonio por parte de la entidad beneficiaria se hace con abono a reservas una vez que no existe aumento de capital. A su vez, bajo esta línea argumental, tal contabilización produce los mismos efectos que la que hubiese resultado de ampliar la beneficiaria su capital, entregando los valores a los socios de la entidad escindida seguida de la amortización de esos mismos valores con la finalidad de constituir reservas.

La DGT concibe como aplicable el artículo 31.3 de la Ley 40/1998 ²²⁵. El referido criterio no es respetuoso con la calificación coherente conforme al formato jurídico. La artificiosidad de la operación, desde nuestra óptica, en todo caso, debería ser acreditada mediante un cúmulo global de índices probatorios, sin que parezca argumento el mero paralelismo en el fondo económico.

La LIS se centra en el mecanismo de la atribución refiriéndose explícitamente a la sustitución de títulos, sustitución que, tal cual, no se produce en este supuesto. Por esta vía teóricamente sí cabría llegar a la misma conclusión en que desemboca la DGT. Ahora bien la misma no parece que se ajuste a los postulados de la neutralidad.

²²⁵ El cual establece que no existe ganancia o pérdida patrimonial en las reducciones de capital, de manera que cuando dicha reducción..dé lugar a la amortización de valores o participaciones, se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuirá proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanezcan en el patrimonio del contribuyente.

De otro lado cabe interrogarse acerca de la posible incidencia de la operación en la esfera del Impuesto sobre el Patrimonio del socio persona física. El régimen, ceñido a la imposición sobre la renta, no prevé referencia explícita alguna a este impuesto. Por consiguiente podría entenderse que los valores recibidos por los socios deberían declararse en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio de los socios, según el valor teórico resultante tras la operación que se ponga de manifiesto anualmente en la fecha de devengo de este impuesto, sin perjuicio de los efectos inherentes al principio de neutralidad impositiva que se manifiesten en otros tributos.

Ahora bien una interpretación finalista y dinámica puede llevarnos a concebir que los postulados del principio de neutralidad debieran extenderse con naturalidad a este impuesto, pues es coherente que la valoración patrimonial sea acorde con la que surtirá efectos como valor fiscal en el IRPF.

De hecho el valor a efectos del impuesto sobre el Patrimonio puede desplegar su eficacia ulterior en otros impuestos, como el de sucesiones y donaciones o el ITPAJD, con lo que la solución puede revestir importancia. En cualquier caso la falta de respaldo normativo complicará el predominio de la segunda opción.

IX. SUPUESTOS DE PARTICIPACION PREVIA: PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE Y DE LA ADQUIRENTE.

9.1 La participación como parámetro condicionante del tratamiento fiscal. Repercusión tributaria en sede de la sociedad adquirente.

El fenómeno de la previa participación en capital condiciona poderosamente la esencia económica de la operación y por tanto el natural tratamiento fiscal. Debemos recordar que el legislador pretende inhibir la producción de excesos o defectos de tributación.

A tal efecto el régimen debe tener en cuenta que, en este marco, puede generarse una nueva modalidad de renta fiscal, cuya ponderación habrá que conciliar con el restante tejido del régimen especial.

El Art. 103 LIS distingue nítidamente su tratamiento según exista participación previa de la absorbente en la absorbida o a la inversa, de la absorbida en la absorbente²²⁶.

1) En el supuesto de participación de la absorbente en la absorbida la interrelación en el capital introduce especialidades en la construcción jurídica. La adquirente no tendría que ampliar capital para satisfacer su contraprestación a los socios de la absorbida, en la medida en que uno de los socios será ella misma, que a través del vínculo accionario ya era titular de una porción del neto patrimonial de la absorbida.

La absorbente, lógicamente, no podría continuar con el registro contable de la participación en la absorbida que se extingue. Así pues la eliminación de la

²²⁶ Sin embargo Sánchez Oliván (La fusión... , Op.Cit.Pág.382 a 385) estima que existe una identidad sustancial entre ambas modalidades de plusvalía que no fundamenta el trato fiscal distinto dispensado.

participación previa de la adquirente en el capital de la transmitente provocaría el devengo de renta económica, y consiguientemente posible renta fiscal, en sede de la entidad adquirente como consecuencia de la anulación de dichos títulos y la recepción de los elementos patrimoniales de la transmitente proporcionalmente atribuibles.

Nos hallamos ante un fenómeno a menudo comparado con la adjudicación de cuotas de liquidación. En cualquier caso, de acuerdo con el régimen general del impuesto, la renta fiscal en sede de la entidad adquirente en razón de su condición de socio de la transmitente, en principio, vendría dada por el mandato del Art. 15.7 LIS.

Se trata de la única hipótesis en que, como derivación inmediata de las operaciones de fusión y escisión, puede generarse renta fiscal para la compañía adquirente. En realidad la anulación de los títulos es un presupuesto derivado de la envoltura jurídica de la operación, pero independiente de la transmisión patrimonial, que debe, no obstante, ser envuelto por la dinámica del diferimiento.

En concreto analizaremos el tratamiento de las diferencias de fusión, o intervalo entre el precio de adquisición de los títulos y su valor teórico, las cuales aflorarán a través de la criba de la eliminación de los títulos. A su vez, de la depuración de la anterior magnitud, puede surgir la más específica categoría del fondo de comercio de fusión.

El fondo de comercio de fusión es un activo intangible cuya incipiente génesis conceptual está cristalizando con motivo de la proliferación de operaciones de absorción. En principio (igual que el fondo de comercio *ordinario*) la magnitud está relacionada con aquellos factores no identificables que se manifiestan a través de la obtención de un rendimiento superior al normal que cabría esperar del capital

invertido.

Estimamos interesante el análisis de las interrelaciones entre el “fondo de comercio Ordinario” el “fondo de comercio financiero” y el “fondo de comercio de fusión”, dado que es una temática que se halla en un estado absolutamente embrionario, circunstancia derivada de la escasa atención que el Derecho mercantil y contable presta al fondo de comercio financiero y, especialmente, al denominado fondo de comercio de fusión.

2) Por otra parte si la absorbida-transmitente participa en la absorbente el tratamiento normativo es radicalmente distinto. No se integran en la transmitente las rentas que se pongan de manifiesto con motivo de la transmisión de la participación, aun cuando se hubiera ejercitado la facultad de renuncia.

9.2 La entidad adquirente participa en el capital de la transmitente.

La Directiva 90/434/CEE considera el mecanismo de no integración como el habitual tratamiento de la renta que aflore a causa de la anulación de la participación, configurando como excepcional su gravamen.

A tal efecto de acuerdo con el Art. 7 de la Directiva: “1. Cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación”.

“2. Los Estados miembros podrán introducir excepciones a lo dispuesto en el apartado 1 cuando la participación de la sociedad transmitente no exceda del 25%”.

9.2.1 Cuando la participación sea al menos del 5 por 100.

El Art. 103.1 LIS resalta que “Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5 %, no se integrará en la base imponible de aquélla la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente, ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa.

En este supuesto no se aplicará la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos, respecto de las reservas referidas en el párrafo anterior”.

La Ley 43/95 ha rebajado (siguiendo las recomendaciones del informe Ruding) al 5% el umbral para articular el mecanismo de exención. En este caso no se integrará en la base imponible de la entidad adquirente la renta positiva derivada de la anulación de la participación, ni la negativa, siempre que la misma se corresponda con reservas de la entidad transmitente.

Las referidas reservas pueden ser tanto expresas consignadas en balance (incluyendo aquellas capitalizadas) como tácitas no contabilizadas por el sujeto enajenante y manifestadas con motivo de la operación, ya correspondan estas últimas a la presencia de un fondo de comercio o a un mayor valor de los activos sobre el contable²²⁷.

Precisamente el régimen especial consiste en un diferimiento en la tributación de dichas plusvalías tácitas, las cuales están destinadas a su gravamen futuro, el cual se superpondría con el que, de no prosperar el criterio expuesto, se consumiría en esta hipótesis, engendrando excesos de imposición. Este precepto pretende específicamente evitar la doble tributación de las reservas de la entidad absorbida.

²²⁷ Así se manifiesta la consulta DGT de 27 de diciembre de 1996 que añade respecto de las partidas que componen las reservas expresas de la entidad, que serán todas aquellas que tengan esta consideración a efectos contables, esto es, las que forman parte del subgrupo 11 del Plan General de Contabilidad.

Por tanto su intelección debe articularse desde una óptica marcadamente finalista, en correlación con la funcionalidad que lo inspira y fundamenta, según matizaremos.

Ahora bien la no integración sólo se producirá cuando las rentas hayan tributado efectivamente en el seno de la entidad transmitente (reservas expresas) o bien, en el caso de las reservas tácitas, vayan a tributar en la sociedad adquirente²²⁸. Lo que quiere evitarse es que unas mismas rentas sean gravadas en el seno de la firma transmitente y, de nuevo, en la adquirente.

La DGT²²⁹, precisamente mediante una interpretación finalista, concibe que para que la corrección de la doble imposición que pretende plasmar el Art.103.1 LIS no acarree una situación de desimposición, ha de mantenerse que las rentas generadas en la anulación de la participación en la sociedad absorbida no se integrarán en la base imponible de la entidad adquirente siempre y cuando se correspondan con reservas de las sociedades absorbidas cuya integración en la base imponible de éstas no hubiese sido neutralizada a través de la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

En todo caso, en obediencia del Art.103.1, si la renta fiscal no se corresponde con reservas en sede de la sociedad transmitente ésta debería reconducirse a la base imponible de la adquirente. Por ejemplo si el coste de la participación en la entidad absorbida fue inferior al valor nominal²³⁰, y la participación ha recuperado su valor en el momento de su anulación, el intervalo de renta delimitado hasta la cifra del nominal se integraría pacíficamente en base imponible de la adquirente, ya que no podría identificarse con reservas ya gravadas de la sociedad transmitente.

²²⁸ Menéndez García G. ("Regímenes especiales..." , op.cit.pág.18).

²²⁹ En este sentido la consulta DGT de 17 de diciembre de 2001 (cv nº 0077-01).

²³⁰ En dicha hipótesis las participaciones no habrían sido adquiridas mediante un contrato de suscripción, en la constitución de una sociedad o ampliación de capital, puesto que en nuestro Derecho no es lícita la emisión de acciones por debajo de su valor nominal.

En este contexto como no se produce en la entidad adquirente doble imposición con motivo de la anulación de la participación, no procede correlativamente aplicar la deducción por doble imposición de dividendos.

De otro lado el legislador parece no haber previsto la posible presencia de minusvalías, en función de la política fiscal de dotaciones a provisión por depreciación de los títulos. Menéndez García²³¹ entiende que “Esta no integración puede no estar justificada, toda vez que la anulación de la participación supone hacer efectiva la correspondiente cuota de liquidación en la sociedad transmitente, de tal manera que si ésta es inferior al valor contable de la participación se está sufriendo una pérdida real que este precepto no considera como tal”.

9.2.1.1 El Art. 103.3 LIS. Afloración del fondo de comercio de fusión.

El tratamiento tributario de la denominada diferencia de fusión, derivada de la participación previa de la sociedad fusionante en la fusionada²³², y su imbricación con el tejido del régimen especial representa uno de los extremos más complejos del régimen, una vez que el análisis puso de manifiesto que un régimen neutral no podía omitir un tratamiento singular de la misma para ponderar la correcta tributación de las plusvalías tácitas, larvadas en los elementos patrimoniales.

²³¹“Regímenes especiales...” op.cit. Pág.18.

²³² La DGT en consultas de 23-09-1997 y 16-03-2000 interpreta que en una fusión por absorción en la cual la absorbente no tenga directa participación en el capital de las absorbidas, pero exista una participación de las absorbidas entre sí, si atendemos a la sustancia económica, esta circunstancia puede implicar que en la operación global de fusión se subsuma una fusión de la referida absorbida con el resto de dependientes. De esta forma si las indicadas participaciones fueron al menos del 5 por 100 y el precio de adquisición de las mismas superior al valor teórico de las sociedades dependientes, en el momento de la fusión, correspondientes al grado de participación tenido sobre ellas de manera que se cumplimentasen las condiciones del Art. 103.3 LIS, la conocida diferencia sería fiscalmente deducible.

De este modo nos encontramos ante una materia que podríamos denominar como “colateral” al esqueleto que conforma el estricto diferimiento, la cual ha sido objeto de contemplación expresa por la sistemática, dado que en caso contrario la propia perfección de la operación induciría la consumación de situaciones de sobreimposición, lo cual era incompatible con los postulados de la neutralidad.

La noción que subyace radica en que la “diferencia de fusión” habría sido gravada cuando una persona física o jurídica transmitió la participación ,sobre la entidad absorbida, a la luego posicionada como absorbente. A su vez dicha renta volvería a ser gravada en la entidad adquirente, materializándose situaciones de sobreimposición, que el Art. 103 LIS pretende atajar.

A tal efecto la porción cifrada de la plusvalía que excede del valor teórico de los títulos podría ser gravada en un futuro. Es decir como la anulación de las acciones provoca su “sustitución” por un conjunto patrimonial y, de acuerdo con el Art. 99 LIS, estos elementos serán traducidos por aquel valor fiscal que tenían en sede de la transmitente, entonces se valorarán por el equivalente al valor teórico de las participaciones y habría oportunidad de gravar dicha renta, que incidiría teóricamente en la medición de ulteriores diferencias gravables.

En definitiva un idóneo tratamiento de la materia puede demandar la contemplación, para omitir situaciones de exceso o defecto de imposición, de aquella transmisión por la cual (en un estadio anterior a la operación) se adquiere la titularidad de la participación que, a través de la fusión o escisión, con posterioridad, se anula. En cualquier caso plantearemos la temática tratando de no incurrir en un casuismo excesivo.

Tradicionalmente han existido problemas para asegurar el equilibrio de imposición en el supuesto de que el transmitente de dicha participación fuese una

persona física. A su vez el no reconocimiento de eficacia fiscal al importe íntegro de la *diferencia de fusión* producía correlativamente situaciones de sobreimposición. Estas consideraciones han compelido a que el legislador (Ley 24/2001) reforme el precepto, como subrayaremos.

De acuerdo con el tenor original del Art. 103.3 LIS ”: Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5%, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico se imputará a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración, y la parte de aquella diferencia que de acuerdo con la valoración citada no hubiera sido imputada, será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la décima parte de su importe...”.

La Directiva 90/434/CEE no suministra ninguna orientación respecto del tratamiento tributario de esta diferencia de fusión. El Art.103.3, por su parte, atiende al tratamiento de la deducibilidad de la diferencia entre el precio de adquisición de las acciones y el valor teórico de las mismas²³³.

Esta diferencia al alza sobre la información contable puede obedecer a una infravaloración de los elementos patrimoniales de la entidad absorbida, conforme al principio del precio de adquisición, o bien a la afloración del fondo de comercio como presupuesto que respalda el sobreprecio respecto del valor según libros.

En primer lugar el artículo autoriza la imputación del intervalo a los bienes y derechos adquiridos, una vez anulada la participación. A continuación el exceso residualmente obtenido se asimilaba al fondo de comercio autorizándose su amortización fiscal.

²³³ Esta previsión del Art. 103.3 es extensiva sin particularidad a la operación de disolución de una sociedad con cesión global del activo y pasivo a su único accionista en la medida que se ajuste a la definición del Art. 97.1.c) LIS (Consulta DGT de 16-01-1998, nº 0049-98 y de 9-2-1999 nº 0151-99).

El precio de adquisición de la participación es aquel, acorde con las coordenadas tributarias, por el que luzca la inversión financiera en el activo de la entidad absorbente inmediatamente antes de la fusión. Por su parte el valor teórico de los títulos debe venir graduado por las rentas devengadas con carácter previo a la fecha de efectividad contable.

Evidentemente el fondo de comercio deducible será el resultante de la diferencia positiva entre el valor fiscal (no el contable) de adquisición de la participación que la entidad adquirente tenía en la transmitente y su valor teórico. Si los referidos títulos se habían adquirido en virtud de otra operación acogida al diferimiento, por ejemplo un canje de valores, serán las específicas reglas de valoración del régimen especial las que determinarán el importe de dicho valor fiscal de adquisición.

9.2.1.2 Referencia a las normas contables de valoración. Problemática de la imputación de valor a los activos.

La alusión del Art.103.3 a las normas contables de valoración, como eje que iluminaba acerca de la mecánica de imputación de una porción de la diferencia enunciada, a los bienes y derechos adquiridos, resultaba un tanto indeterminada, ante la ausencia de una solución contable explícita.

El criterio vinculaba básicamente a consultar la resolución del ICAC de 21 de enero de 1992 por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial, así como el Real Decreto 1815/1992 por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas.

En efecto, según los criterios contables generalmente aceptados²³⁴, en caso de una fusión impropia donde exista una relación de dominio de las previstas en el artículo 42 del Código de Comercio, los elementos patrimoniales de las sociedades dependientes se valorarían de acuerdo con los criterios derivados de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas.

Finalmente la Ley 14/2001, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del estado, al modificar el Art. 103 LIS, ya aclara que la imputación de valor a los bienes y derechos adquiridos se efectuará “de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1.815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas”.

Este RD regula los criterios de valoración relacionados con la eliminación “inversión-fondos propios” de la técnica contable de consolidación, mediante la cual el exceso del coste de la inversión financiera, sobre la parte proporcional de los fondos propios de la participada, constituye la denominada diferencia positiva de consolidación, la cual, una vez depurada en la imputación de valor a activos infravalorados, desembocará en una partida nominada fondo de Comercio de Consolidación.

Angel Serrano²³⁵ pone de relieve que la expresa mención de la nueva redacción del Art. 103.3 LIS podría alterar la mecánica de cuantificación del fondo de comercio de fusión, dado que esta categoría adolece de una indefinición manifiesta. Es decir cabe concebir que la diferencia deducible sería precisamente el fondo de comercio de consolidación.

²³⁴ En este sentido se pronuncia el Art. 21.1 (Art. 25.1 para escisiones) del Borrador sobre criterios contables aplicables a fusiones y escisiones.

²³⁵ “La reforma del Artículo 103.3 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, según la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social” (Fiscal Mes a Mes, Ediciones Francis Lefebvre, nº 73, mayo 2002, Pág.29 a 40).

Sin embargo, como destaca dicho autor, difícilmente podría prevalecer esta interpretación. Los criterios del RD 1815/1991 agotan su funcionalidad en brindar soporte para el cifrado de aquella porción de la diferencia de fusión (magnitud prefijada de acuerdo con la ley fiscal) que debe ser imputada a los bienes y derechos de la entidad transmitente²³⁶ para aislar el fondo de comercio de fusión.

En cualquier caso la alusión a “las normas contables de valoración” se enmarca en el procedimiento de bifurcación de la diferencia para aislar el Fondo de Comercio de fusión, sin que en principio tenga relevancia la forma en que la sociedad adquirente registre en su contabilidad los elementos recibidos a causa de la anulación de los títulos.

En este sentido podíamos cuestionarnos, antes de la reforma que comentaremos, si la nueva cifra ilustrativa del valor real de los activos debiera ser el “valor fiscal” de los elementos, como se defendía²³⁷. A tal efecto cabe reseñar que el Art. 103 LIS exigía unos condicionantes, según analizaremos, para la deducibilidad del exceso del precio de adquisición sobre el valor teórico pero admitía que, en todo caso, la amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico era deducible si se probaba que respondía a una depreciación irreversible.

El artículo aludía pues indistintamente a la amortización de la “diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico”, desconociendo

²³⁶ La Administración ha tenido que especificar (Consulta DGT de 22-3-1999, nº 0370-99) que “Si la sociedad participada se disuelve por alguna de las operaciones del Capítulo VIII, Título VIII LIS, en la adquirente la diferencia... será deducible con el límite máximo anual de la décima parte de su importe, sin que este criterio pueda verse afectado por el hecho de que la operación se realice entre sociedades que tributan según el régimen de los grupos de sociedades.”

²³⁷ Podemos mencionar como en un informe elaborado por el Instituto de la Empresa Familiar (“Posibles mejora a introducir en la fiscalidad española en 1997”) se interpretaba que “La norma es clara en el sentido de que tanto si la mencionada diferencia se imputa a los bienes adquiridos como si la misma se identifica con un fondo de comercio de la entidad absorbida, la misma será deducible por la vía de la amortización o de la depreciación de los citados bienes... si la filial absorbida tiene un fondo de comercio éste sea fiscalmente deducible y si tiene bienes materiales infravalorados no amortizables fiscalmente. Esta interpretación administrativa supone la pérdida del coste fiscal de adquisición pagado por la cartera de valores”.

la criba sobre este exceso constituida por el derrame de valor sobre los activos infravalorados.

Podía interpretarse bien que se trataba de una simple imprecisión normativa insertada en un contexto que ya aclaraba, *per se*, la conclusión de que sólo era deducible la porción atribuible al fondo de comercio; o bien que el circuito esbozado por la LIS, implícitamente, admitía la deducibilidad del importe imputado a los activos, pues carecería de sentido, de seguir esta tesis, que la eficacia de la imputación exclusivamente prosperara previa justificación de la depreciación.

En cualquier caso el criterio administrativo vedaba radicalmente cualquier funcionalidad tributaria a la imputación de valor a los activos, excepto la indirecta de filtrar aquella parte de la diferencia de fusión amortizable. De hecho la natural interpretación del Art. 103.3 (al subrayar que la parte de aquella diferencia que no hubiera sido imputada a los activos, será la fiscalmente deducible”) conducía a tal conclusión.

Por su parte el criterio contable imperante establece que en una fusión impropia los elementos patrimoniales de la sociedad absorbente no deben ser objeto de revalorización y que la diferencia, entre el precio de adquisición de la participación y el valor contable de los elementos de la absorbida, puede ser trasladada a éstos con ocasión de la recepción patrimonial.

Como consecuencia en las sucesivas declaraciones-liquidaciones del IS de la sociedad absorbente debían efectuarse los correspondientes ajustes extracontables, puesto que la amortización contable de los elementos sobrepasaría la fiscalmente deducible.

9.2.1.3 Comentarios en torno a la indefinición del “fondo de comercio de fusión” como categoría.

La medición de magnitudes debe referirse a la fecha de transmisión del patrimonio por parte de la entidad transmitente, como consecuencia de la operación. En dicho momento podrían manifestarse las rentas, tanto a nivel de la entidad transmitente (transmisión patrimonial) como de la adquirente (anulación de la participación).

El parámetro que, teóricamente, intenta filtrarse es, genéricamente, aquel importe atribuible a expectativas de futuros beneficios. Se entiende que a su vez dicha cifra habría sido idealmente recortada en el importe de la cuota del impuesto sobre sociedades que de los futuros beneficios imponibles dimanaría, al descontar el mercado la carga fiscal aferrada a ellos.

En cualquier caso debemos aclarar que, a pesar de que, en un plano teórico, la regulación asociada al fondo de comercio ordinario” podría arrojar luz sobre esta categoría específica, en definitiva cabe entender que comprendida en su molde, la obtención del fondo de comercio de fusión dimana, simplemente, de un proceso automático de calculo residual.

En una primera etapa deberá procederse a la imputación de valor sobre los bienes y derechos adquiridos, conforme a las normas contables de valoración. El agotamiento preceptivo de la imputación de valor debe predicarse tanto de activos materiales como inmateriales, que se hallasen en el patrimonio de la entidad transmitente, aun en el caso de que no se hallasen registrados contablemente.

Cabe entender que se incrementará el valor de los activos entretanto éstos no alcancen su valor normal de mercado, que debe ser su límite infranqueable y para

cuya determinación podría acudir supletoriamente a los métodos previstos para las operaciones vinculadas (Art. 16.3 LIS). A su vez, de conformidad con el espíritu y la letra del precepto, dicho techo debiera apurarse completamente.

En el análisis se dispondría de la información, en su caso, cristalizada en el balance de fusión para la obtención del tipo de canje, con la consiguiente racionalización de los ajustes sobre los valores contables hasta culminar en los valores reales patrimoniales.

Se precisa correlativamente que el Fondo de Comercio de fusión objeto de medición aflore precisamente como consecuencia de la adquisición efectuada, sin que figurase, antes de la operación, en ningún caso, en el activo de la sociedad transmitente.

Por otra parte la deducibilidad de la diferencia en base imponible del “fondo de comercio de fusión” es independiente de que los activos inmateriales permanezcan en patrimonio hasta su total amortización o bien se transmitan con anterioridad.

Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 14/2001 interesaba “ensanchar” el fondo de comercio de fusión. Sin embargo tras la posibilidad de amortización de la porción imputable a los bienes y derechos y la correlativa reducción de la dotación máxima a amortización del FC al 5% , normalmente interesaría ahora engrosar la diferencia imputable a los restantes bienes y derechos, susceptibles de una más rápida amortización.

La anulación de la participación requeriría la eliminación de la provisión por depreciación de la misma, que gradúa indisolublemente su valor. A tal efecto la provisión representativa de la depreciación de la participación anulada, se consideraría aplicada a su finalidad, que no es otra que la adquisición del

patrimonio representativo de esa participación, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 19.9 LIS²³⁸.

El Art. 103.3 está concebido preferentemente para el supuesto de fusión. En cualquier caso esta previsión resultaría de aplicación en aquellos supuestos de escisión total (o en su caso parcial) en que la sociedad beneficiaria de la escisión fuese propietaria de acciones de la sociedad escindida, en cuyo caso amortizaría su participación, adjudicándose directamente en contrapartida bienes y derechos en proporción a la participación poseída.

En estos supuestos sería deducible la diferencia conocida aun cuando, teóricamente, de conformidad con lo expuesto, la escisión total pueda instrumentar traslaciones de porciones patrimoniales no constitutivas de unidades económicas.

En definitiva el articulado recurre al deslinde cuantitativo, en vez de al vocablo técnico unívoco o a la esencia conceptual, para delimitar la acepción de la categoría, sin perjuicio de que ello acarree determinadas dudas interpretativas en relación con sus nexos con el “fondo de comercio común”²³⁹.

En cualquier caso, dado la opción definitoria, asimismo cabe que la diferencia responda a una pérdida producida como consecuencia de la operación. Es decir la diferencia entre precio de adquisición y valor teórico puede obedecer a una depreciación irreversible, con carácter general, no deducible en los términos del Art. 12.3 LIS. En este contexto dicha porción sí debiera ser fiscalmente aprovechable de acuerdo con el esquema articulado²⁴⁰.

²³⁸ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 1 de julio de 1999 (nº 1144-99).

²³⁹ Así lo destaca por ejemplo Segarra Tormo (“Tratamiento fiscal...” op.cit.Pág.167.

²⁴⁰ Así lo interpreta López Melendo Lannes J. (“Modificaciones del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2002” (Impuestos, Abril 2002, nº7, Pág.103).

Por otra parte si una sociedad absorbiese a la que se ubicó como adquirente en una fusión anterior (y que como consecuencia afloró una diferencia fiscalmente deducible), entonces, atendiendo al Art. 104.1 LIS, en la segunda absorción, acogida al diferimiento, la sociedad adquirente se subrogaría en el derecho a deducir, vía gasto, aquella porción de la diferencia exteriorizada, en su momento, por la ahora absorbida (y antes absorbente) y que todavía no hubiera sido imputada fiscalmente por ésta (desde que se produjo la primera operación amparada). Lo anterior en las mismas condiciones que resultarían de desconocer la citada transmisión.

9.2.1.4 Análisis global del equilibrio impositivo en el momento de la materialización de las plusvalías tácitas con anterioridad a la reforma del Art. 103 LIS.

El estudio ponderado del equilibrio de imposición, como objetivo primario a alcanzar, debe considerar, más allá de las formales fases que incardinan los correspondientes negocios jurídicos autónomos, el proceso unitario desde una óptica economicista.

Es decir en caso de que la entidad absorbente hubiese adquirido los títulos (con posterioridad anulados) por vía derivativa a un tercero, el análisis del equilibrio impositivo debe abarcar la consideración de tres etapas, aquella en la que la sociedad posteriormente absorbente adquirió a la tercera entidad la participación sobre la luego absorbida, la de la realización de la fusión y la ulterior transmisión de la participación por la entidad absorbente.

En este marco la imposición “global” sería correcta cuando se sometiese a

gravamen una renta coincidente con aquella generada en el momento de transmisión de la participación.

En la denominada primera fase el sujeto que transmitió la participación habría devengado la consiguiente renta fiscal por diferencia entre el precio de enajenación de los títulos y su valor contable. De hecho si el precio de adquisición de la participación superaba su valor teórico, ello conlleva que el precio asignado a la participación en el instante de su transmisión englobaba el importe de las plusvalías tácitas imputables a la sociedad transmitente.

En este contexto debe bifurcarse el análisis, según el transmitente de la participación fuese un sujeto pasivo del IS o del IRPF. En la hipótesis de transmitente sujeto pasivo del IS el esquema originario del Art.103, no permisivo de eficacia fiscal a la imputación de valor a los activos, provocaba un exceso de imposición.

Las plusvalías atribuibles a las reservas tácitas de la entidad transmitente habrían tributado por el IS, a la hora de la transmisión de la participación, sin que la deducción para evitar la doble imposición sobre las plusvalías de fuente interna del Art. 28.5 LIS, con motivo de la acotación de sus límites, se extendiese a esta clase de rentas. A su vez, de nuevo, tributarían las mismas en el instante de materialización futura de las plusvalías por parte de la sociedad fusionante, obligada a respetar el valor fiscal que regía en la sociedad fusionada.

Si el transmitente fue, por el contrario, sujeto pasivo del IRPF, el juego combinado de los coeficientes de antigüedad del IRPF con las previsiones del Art. 103.3 han venido desembocando en situaciones planificadas de defecto de imposición.

Serrano concibe que en nuestro sistema fiscal, el gravamen por el IRPF de las

plusvalías tácitas de la sociedad transmitente en el momento de transmisión de la participación, en ningún modo debía excluir su gravamen futuro por el IS. De este modo concluía que, cuando el transmitente de la participación fuese un contribuyente persona física la no concesión de relevancia fiscal a la imputación de valor a los activos redundaba en situaciones de neutralidad.

En esta línea Sanz Gadea²⁴¹ entendía que la redacción del Art.103.3, al permitir que las rentas no tributen por el IS, quebrantaba un principio rector de la imposición sobre la renta, consistente en que las rentas de elementos patrimoniales propiedad de personas jurídicas deben tributar por el IS y cuando se distribuyan a los socios por el IRPF aplicándose, paralelamente, un método para la eliminación de la doble imposición.

Debemos incluir, a continuación, la consideración del efecto que provocaba la deducibilidad del fondo de comercio de fusión. En principio cuando la previa transmisión de la participación hubiese sido efectuada por una persona jurídica residente en España, la posibilidad de deducibilidad, vía gasto fiscal, del “fondo de comercio”, en sede de la entidad adquirente, contribuía a restablecer el equilibrio impositivo, dado que dicho fondo de comercio había resultado sometido a gravamen por el IS, como componente de la plusvalía tácita que alimentaba el precio de adquisición de los títulos, sin poder disfrutar de la deducción del Art. 28.5 LIS cuando se produjo la mencionada transmisión de la participación.

Ahora bien como la franja de reservas tácitas imputable a la infravaloración de activos no redundaba en sede de la sociedad absorbente en gasto fiscal, sobre ella se engendraba un exceso de imposición, pues tributaba en la transmisión de la participación y, con posterioridad, cuando la entidad absorbente realizase la

²⁴¹ “Aspectos internacionales de la política fiscal (I)”, Impuestos, julio 2001, nº 13, Pág.29.

plusvalía oportuna.

Sin embargo, como hemos resaltado, cuando el transmitente era una persona física las previsiones del Art. 103.3 generaban supuestos de defecto de imposición por el IS.

Por otra parte un revulsivo adicional a la modificación del Art.103 estribaba en un dictamen motivado de la Comisión de la Unión Europea, la cual se dirigió al gobierno español observando que el antiguo Art.103.3 de la LIS podía ser contrario a las libertades de establecimiento y circulación de capitales.

El problema derivaba de que la amortización del diferencial conocido estaba supeditada a que "... la participación no hubiere sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español". De esta manera si las participaciones habían sido adquiridas a una entidad residente en cualquier Estado Miembro de la Unión Europea no procedía la amortización, engendrándose una discriminación negativa.

9.2.1.5 Modificación del Art. 103 llevada a cabo por la Ley 24/2001. Permisividad de eficacia fiscal a la imputación de valor a los bienes y derechos.

Finalmente la Ley 14/2001 ha autorizado la amortización de la diferencia imputable a los elementos patrimoniales del inmovilizado de la sociedad absorbida, lo que conlleva el reconocimiento implícito de que si las plusvalías tácitas han sido ya gravadas, las mismas no deben tributar nuevamente a la hora de su ulterior materialización. Esta solución inhibirá la producción de excesos de imposición en los términos explicados.

El principio medular del esquema radica en que la parte de la diferencia de fusión atribuible al fondo de comercio o a la infravaloración de activos, para que pueda ser deducida por la entidad absorbente debe haber tributado, cuando se transfirió la participación, por el IS o por el IRPF.

De acuerdo con dicha modificación: “Cuando se cumplan los requisitos a) y b) anteriores, la valoración que resulte de la parte imputada a los bienes del inmovilizado adquirido tendrá efectos fiscales, siendo deducible de la base imponible, en el caso de bienes amortizables, la amortización contable de dicha parte imputada, en los términos previstos en el Art. 11”.

De esta manera, con los condicionantes previstos, cabría amortizar la enunciada diferencia de conformidad con las particulares reglas de amortización asociadas a la naturaleza de cada elemento. La adecuada estratificación de la imputación de la diferencia adquiere relevancia, pues afectará al ritmo de la reversión gradual del gasto fiscal en base imponible.

Cabe entender, sin particularidad, la necesidad de imputación contable del gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias para posibilitar la oportuna deducción. Asimismo debiera haber, desde un plano de inmediatez, continuidad en la metodología de amortización de acuerdo con el Art. 1.9 RIS.

La cuantía de la diferencia de fusión imputada a los activos fijos adquiridos gozaría, pues, de eficacia fiscal. Sin embargo en las partidas de elementos de circulante la imputación carecería de tal eficacia. De este modo, asimismo, la calificación como activo circulante o fijo de los elementos revestirá trascendencia. La diferenciación debe circunscribirse, desde un punto de vista funcional, a la entraña patrimonial de la entidad adquirente, con independencia de la calificación que ostentasen los elementos en la transmitente.

La LIS admite la amortización de la diferencia reseñada, sin dispensar del ordinario requisito de inscripción contable del gasto. Ello requeriría, por su parte, el reflejo contable del mayor valor de dichos bienes para registrar contablemente las amortizaciones, a computar sobre el importe revalorizado. Sin embargo, por su parte, el Borrador sobre criterios contables establece, en determinados supuestos, la necesidad de contabilizar de acuerdo con los valores preexistentes en la sociedad adquirida, con la consiguiente posible discordancia entre las soluciones tributarias y las contables.

Asimismo la claridad del precepto conduce a interpretar que también tendrá relevancia fiscal la imputación a elementos patrimoniales del activo inmovilizado financiero, en cuanto proceda, puesto que la alusión a la masa patrimonial del inmovilizado reconduce indistintamente a los criterios de calificación contables, vertidos en el Plan General de Contabilidad.

Obviamente estos elementos no son susceptibles de amortización. El artículo, no obstante, dado que no nomina expresamente a la deducibilidad como técnica de amortización, puntualiza, para atajar posibles interpretaciones aventuradas, la imposibilidad de deducibilidad gradual para aquellos bienes no amortizables.

En esta línea cabe entender, pues de otra forma no se entiende la referencia genérica a los elementos del inmovilizado, incluidos los no amortizables, que la eficacia de la imputación tendrá plenos efectos fiscales, también para la determinación del valor de adquisición respecto a futuras transmisiones de los bienes.

Estas circunstancias pueden devenir en un claro acicate para el aprovechamiento artificioso de las ventajas fiscales brindadas. En este contexto, a la luz del Art. 110.2 LIS, y tras una consideración global de la “operación económica” de adquisición de los títulos y posterior fusión jurídica, a menudo la

Administración podría presumir que la finalidad de la operación es puramente fiscal, en los términos que, en su momento, destacaremos.

9.2.1.6 Requisitos para la deducibilidad.

Los requisitos articulados tratan de asegurar la efectiva y correcta tributación de la renta devengada cuando se transmitió la participación, la cual después es objeto de anulación.

El Art.103.3 efectúa una restricción de las condiciones de deducibilidad, vía amortización, del fondo de comercio esbozadas en el artículo 11.4 LIS. Se intenta prevenir una planificación artificiosa del precio contractual como consecuencia de la interrelación decisoria.

La Ley 14/2001, como sabemos, permite, frente al criterio imperante hasta dicho momento, la deducibilidad fiscal de la parte de diferencia imputable a los bienes y derechos adquiridos. En coherencia con esta previsión el artículo endurece los requisitos respectivos.

Dichos requisitos (letra a)) giran en torno a las prohibiciones de que la participación hubiere sido adquirida a:

A1) Personas o entidades no residentes en territorio español,

A2) Personas físicas residentes en territorio español vinculadas con la entidad adquirente,

A3) Se veda además la posibilidad de deducción en el supuesto de que la misma hubiese sido adquirida a una entidad vinculada, cuando esta última, a su vez, adquirió la participación a las anteriores personas o entidades.

Ahora bien la Ley 14/2001 establece la necesidad de que “a) Que la participación no hubiera sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación a las referidas personas o entidades”.

De acuerdo con el Art.103.3.a) LIS, como contrapeso de la no admisión de prueba en contrario, el requisito previsto en la letra anterior se entenderá cumplido:

a)” Tratándose de una participación adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o una entidad vinculada con la entidad adquirente que, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas o entidades, cuando el importe de la diferencia mencionada en el párrafo anterior ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación”²⁴².

“ Igualmente procederá la deducción de la indicada diferencia cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la misma ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este Impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”.

La exigencia de que la diferencia haya soportado un gravamen equivalente parece referirse a que el tipo de gravamen, del Impuesto sobre Beneficios

²⁴² En este sentido, como subraya la consulta DGT de 30 de septiembre de 1999 (nº 1712-99) valdría cualquier operación de transmisión anterior con independencia de que “el transmitente hubiera sido residente fiscal en España, la fecha en que hubiera tenido lugar o que hubiera sido o no la anterior operación de transmisión que se produce entre la entidad no residente y el sujeto pasivo que absorbe a la entidad participada. En todo caso, la deducción de tal diferencia se encontrará limitada por el importe de renta que hubiera tributado en tal transmisión anterior que se corresponda con la diferencia entre el valor de adquisición de dichos títulos y su valor teórico contable correspondiente a tal operación anterior”.

respectivo, debe ser equivalente al previsto por la legislación española.

Se trata de la respuesta al reproche de la Comisión antes enunciado²⁴³. López Santacruz²⁴⁴ y Angel Serrano²⁴⁵ concluyen que la solución prevista no es acorde con los principios internacionales aplicables en materia de deducción para evitar la doble imposición internacional, conforme a los cuales las rentas atribuibles a una entidad deben tributar en el país de la fuente (en el cual se desarrolla la actividad) pudiendo el país de residencia de la entidad, en su caso, aplicar algún método que atenúe o elimine la duplicidad de imposición.

Por otra parte, anteriormente, había que probar que más del 50 por 100 del incremento de patrimonio obtenido por dichas personas físicas se había integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley 14/2001 eleva el nivel de exigencia de este requisito. Debe probarse ahora que es la ganancia patrimonial íntegra la que ha sido objeto de integración en la base imponible.

“b) Tratándose de una participación adquirida a personas físicas residentes en territorio español o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas físicas, cuando se pruebe que la ganancia patrimonial obtenida por dichas personas físicas se ha integrado en la base imponible del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

De este modo la conciencia de que se estaban planificando operaciones que combinaban la aplicación de coeficientes por antigüedad en el IRPF, en el

²⁴³ En este marco Sanz Gadea (“Aspectos internacionales...” op.cit.) estimó que la solución más idónea consistía en la concesión de un crédito de impuesto a la entidad absorbente con motivo de los impuestos que hubiere soportado la diferencia cifrada sin admitir a la vez su amortización. Dichos impuestos serían los que hubiesen gravado, en España o en el extranjero, las plusvalías devengadas con motivo de las sucesivas transmisiones de la participación con el límite del resultado de aplicar a la amortización de la diferencia de fusión el tipo de gravamen del Impuesto de sociedades que grava a la entidad absorbente.

²⁴⁴ “Modificaciones en el impuesto sobre sociedades...” op.cit., pág.19. Además resalta que el régimen adoptado supone una discriminación en función de la forma en como se materialicen las inversiones empresariales en territorio español.

²⁴⁵ “La reforma del artículo 103.3...” op.cit.pág.32.

momento de transmisión de la participación por persona física, con la posibilidad de deducir, por la luego absorbente, la amortización del fondo de comercio de fusión, se ha plasmado, más allá del posible juego de la cláusula antifraude, en la exigencia de que la ganancia patrimonial generada, mediante la transmisión de la participación, se haya integrado de modo efectivo en la respectiva base imponible del IRPF.

La carga de la prueba recae sobre el sujeto pasivo, de acuerdo con lo establecido en el Art. 114 LGT. En síntesis, si no puede probarse esta circunstancia, se generaría, teóricamente, una situación de sobreimposición.

En cualquier caso la norma acepta, condicionadamente, como filosofía de coordinación entre ambos impuestos directos sobre la renta, que la integración en el IRPF de la ganancia patrimonial generada por la persona física, cuando transfirió la participación, puede descartar su posterior imposición por el IS.

Serrano concibe que la única posible interpretación dimanante de la redacción de la norma es que “la magnitud que debe haberse integrado en la base imponible del IRPF es la ganancia patrimonial total, sin ningún tipo de reducción”²⁴⁶.

En realidad es precisamente la combinativa del juego de coeficientes reductores (IRPF) con la deducibilidad fiscal (IS) del Fondo de comercio en sede de la entidad fusionante la situación que ha querido atajar el legislador.

No obstante la interpretación enunciada admite un evidente resquicio a la duda, puesto que cabe entender, en coherencia con la redacción del articulado, que una vez que la ganancia patrimonial se integra en la declaración correspondiente, no debe indagarse acerca de si la misma, en función de las circunstancias concretas de la respectiva estructura liquidatoria, ha redundado en una tributación efectiva.

²⁴⁶ “La reforma del artículo...” op.cit.

Por otra parte, en el supuesto de que existan varios transmitentes de las participaciones, cuando no pueda probarse que todos ellos han cumplido el requisito explicado, aparentemente la literalidad del precepto impide la práctica de deducciones proporcionales, sacrificando posibles consideraciones de justicia a un sentido práctico, dada la posible dificultad de la prueba y del oportuno control. Sin embargo tampoco esta solución está asentada sólidamente con motivo de la imprecisión de la redacción.

De acuerdo con el Art.103.3.b) se precisa asimismo:

b) "Que la entidad adquirente de la participación no se encuentre respecto de la entidad que la transmitió en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. A estos efectos se entenderá que los casos del artículo 42 del Código de Comercio son los contemplados en la sección 1ª del capítulo primero de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1.815/1991, de 20 de diciembre.

El requisito previsto en esta letra no se aplicará respecto del precio de adquisición de la participación satisfecho por la persona o entidad transmitente cuando a su vez la hubiese adquirido de personas o entidades no vinculadas residentes en territorio español.

La Ley 14/2001 añade que "Cuando se cumplan los requisitos a) y b) anteriores, la valoración que resulte de la parte imputada a los bienes del inmovilizado adquirido tendrá efectos fiscales, siendo deducible de la base imponible, en el caso de bienes amortizables, la amortización contable de dicha parte imputada en los términos previstos en el artículo 11".

“Cuando se cumpla el requisito a), pero no se cumpla el requisito establecido en la letra b) anterior, las dotaciones para la amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico serán deducibles si se prueba que responden a una depreciación irreversible”.

La condición de que un importe equivalente al fondo de comercio hubiera tributado “efectivamente” en el extranjero, parece descartar la posibilidad de deducción cuando las rentas obtenidas por los socios no residentes hubiesen disfrutado de un régimen de exención.

El requisito transcrito en la letra b) es cautelar, tendente a evitar el reparto artificioso de bases imponibles entre entidades que actúan con una voluntad decisoria común. Por ello la concurrencia de la circunstancia a que alude el precepto debe darse en el momento de adquisición de la participación²⁴⁷.

En la medida en que las participaciones adquiridas de sociedades no residentes constituyan un porcentaje del total de las adquiridas, entonces no sería deducible la parte proporcional del fondo de comercio afluído que represente el valor de adquisición de tales participaciones respecto del total invertido para adquirir los títulos de la entidad absorbida ²⁴⁸.

9.2.1.7 Economías de opción para la afluición de la diferencia amortizable.

Los títulos adquiridos, con carácter general (Conforme al PGC 5º parte, norma de valoración 8ª), deben valorarse por su precio de adquisición, sin que quepa reflejar en balance una cuenta en concepto de fondo de comercio, por el sobreprecio satisfecho sobre el valor en libros.

²⁴⁷ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 12 de diciembre de 2000 (2309-00).

²⁴⁸ Consulta de la DGT de 30 de septiembre de 1999 (nº 1712-99).

De acuerdo con lo anterior no cabría amortizar contablemente tal diferencia (esto es aun cuando el precio de adquisición incorporase una plusvalía tácita identificable con el fondo de comercio de la sociedad participada) que no se habría consignado a su vez en el activo del balance y correlativamente, no sería posible la amortización fiscal. De este modo la tesis preponderante, a pesar de alguna opinión en contra²⁴⁹, considera no deducible el denominado fondo de comercio financiero²⁵⁰.

En nuestro marco la diferencia en el tratamiento descansa en el presupuesto de la anulación de los títulos, el cual sortea la barrera planteada y convierte el “fondo de comercio financiero” en “fondo de comercio de fusión”.

Este planteamiento puede inducir a fusionar una empresa participada. Tras la adquisición del control de una sociedad (a través de un canje de valores, una aportación no dineraria especial o una simple compraventa) podría resultar oportuno forzar la anulación de los títulos a través de una fusión por absorción.

En este contexto parecería más neutral permitir, con carácter genérico, la deducibilidad fiscal del fondo de comercio financiero, al menos cuando se ajustase a determinados requisitos que asegurasen su entidad objetiva.

El Art.12.3 LIS indica que “La deducción en concepto de dotación por depreciación de los valores representativos de la participación en fondos propios de

²⁴⁹ Coello de Portugal Martínez del Peral I. (“La amortización del fondo de comercio que se genera cuando una sociedad adquiere el 100% de los títulos representativos del capital social de otra”: Impuestos, nº19, Octubre 2000)., entiende que se genera un verdadero fondo de comercio por cuanto la traslación de las acciones supone la de una organización productiva en marcha. Concluye que los reparos provienen del vacío del Plan General de Contabilidad, que no ofrece ninguna cuenta específica al respecto, presupuesto que no puede erigirse en argumento sólido. Por tanto, al menos en el supuesto de transmisión de la totalidad del capital, debiera admitirse la amortización del sobreprecio por encima del valor teórico contable de la empresa comprada.

²⁵⁰ La Ley 24/2001, para las adquisiciones de participaciones realizadas en los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002, en el caso de adquisición de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en España, cuyas rentas puedan acogerse a la exención por doble imposición internacional prevista en el Art.20.bis LIS, permite la deducibilidad condicionada del “fondo de comercio financiero” con el límite anual de la veintea parte de su importe.

entidades que no coticen en un mercado secundario organizado no podrá exceder de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en el mismo.”

La consulta DGT de 13/06/1997 (nº 1209-97) entiende que no sería amortizable aquella parte de la diferencia positiva de fusión que hubiese sido ya deducida vía dotación a la provisión de cartera de valores, originada por la distribución de dividendos realizada por la entidad participada.

Se trata de que globalmente no se genere desimposición si la entidad absorbida computó el gasto referido, puesto que, paralelamente, tal dotación incidiría a la baja en el cálculo del valor teórico, con lo que teóricamente podría ser deducida, de nuevo, vía amortización del fondo de comercio de fusión por parte de la entidad adquirente.

De acuerdo con el criterio contable si el precio de adquisición resulta superior al importe procedente de aplicar criterios valorativos racionales admitidos en la práctica, cabría dotar la correspondiente provisión, no ya por la diferencia entre precio de adquisición y valor teórico contable de las participaciones, sino que a esta última magnitud se adicionarían las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y subsistentes en el de la valoración posterior.

Así pues la presencia de dichas plusvalías tácitas debiera minorar o impedir el registro del gasto contable derivado de la provisión. A su vez, de conformidad con el Art. 10.3 LIS, al no existir regla tributaria específica con la consiguiente tácita asunción de la solución contable, el importe de dichas plusvalías tácitas no debiera haber redundado en la deducción de gasto fiscal, y simultáneamente se ahorraría el

problema anteriormente destacado de duplicación de gastos fiscales.

De otro lado, en general, las entidades deberán contabilizar las provisiones por depreciación de las participaciones que posean sobre otras sociedades (Art. 187 LSA), como consecuencia de las pérdidas contables experimentadas por éstas y la consiguiente minoración acaecida en el neto patrimonial.

No obstante si la entidad participada no hubiese dotado provisión sobre los títulos, pudiendo hacerlo, la franja en que el valor teórico de los títulos supere al valor neto contable del patrimonio de la entidad absorbida atribuible a dicha participación, deberá, en todo caso, bajo la concepción del equilibrio impositivo, revertir en gasto fiscal²⁵¹.

9.2.1.8 Imputación temporal del gasto fiscal.

El nuevo Art. 103.3 LIS se refiere a que la diferencia “será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe”.

No se califica al mecanismo de deducibilidad progresiva como amortización. En cualquier caso cabe entender, en principio, que la mecánica de deducción está sujeta a las premisas que atan, en el marco del IS, a dicha técnica de corrección valorativa (Art. 11 LIS y 1 RIS).

A su vez, para delimitar el momento en que la sociedad adquirente puede iniciar el proceso de amortización, habría que atender a la fecha de eficacia jurídica de la operación societaria. En primer lugar porque la perfección de la transferencia, a título oneroso, es el presupuesto que permitiría activar en balance el “fondo de

²⁵¹ La consulta DGT de 3 de mayo de 2000 (nº 1052-00) contempla el problema de que la sociedad dominante, antes de la absorción, no hubiese dotado la provisión pudiendo hacerlo. La DGT entiende que si el importe de dicha pérdida se pusiera de manifiesto en el mismo ejercicio, una vez efectuada la fusión, computando como gasto la parte del fondo de comercio equivalente a dicho importe, dicho gasto sería fiscalmente deducible, sin perjuicio de que el exceso sea igualmente deducible con el límite anual máximo de la décima parte de su importe.

comercio de fusión”. En segundo lugar cabe atender al Art.1.4 RIS (en cuanto al inicio de la amortización de los elementos patrimoniales del inmovilizado inmaterial).

En cualquier caso, y no obstante lo reseñado, si la fecha de eficacia jurídica de la operación no coincide con la del comienzo del período impositivo de la entidad adquirente, la dotación a amortización podría, en todo caso, ser hasta del 10% (sin necesidad de prorrateo temporal) dada la lógica funcional del mecanismo de imputación.

9.2.1.8.1 Modificación del Art.194.2 TRLSA.

El apartado 2 del Art.194 TRLSA , de conformidad con la modificación operada por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 37/1998 de reforma de la Ley del Mercado de Valores, dispone que”: La amortización del fondo de comercio, que deberá realizarse de modo sistemático, no podrá exceder del período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos para la Sociedad, con el límite máximo de veinte años”.

La nueva redacción del Art.11.4 LIS (plegándose a la normativa mercantil tras la Ley 24/2001) amplía el plazo para la amortización del fondo de comercio, fijando el límite anual en la veinteava parte de su importe. El Art.103.3 LIS, en coherencia con ello, prevé la amortización del fondo de comercio de fusión con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, con independencia de la fecha en que haya aflorado.

La deducibilidad de la porción de la diferencia está condicionada a su

imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias²⁵², conforme al principio de inscripción contable y las reglas de imputación temporal del Art. 19 LIS. El gasto deducible será la amortización contabilizada siempre y cuando represente un importe igual o inferior a la veinteava parte de la cuantía del fondo de comercio de fusión.

En la hipótesis de que la diferencia (o parte de ella) obedezca a una pérdida generada como consecuencia de la operación, la imputación fiscal gradual requeriría paralelamente el oportuno registro contable de la *fracción* de pérdida.

El Art.103.3 sólo articula un techo para la dotación a la amortización de cada período impositivo (el 5%). En principio, el gasto fiscalmente deducible será el contabilizado en cada ejercicio, sin que puedan practicarse ajustes positivos o negativos al resultado contable para computar en la base imponible un gasto inferior o superior, respectivamente, a dicho importe.

En cualquier caso una metodología de imputación contable más rápida que la marcada por el Art.103.3 LIS, redundaría en la necesidad de practicar los correlativos ajustes al resultado contable para la determinación de la base imponible. De hecho, a efectos contables, la amortización del fondo de comercio suele practicarse en un número breve de años.

Las diferencias derivadas de un inferior gasto fiscal al contabilizado, redundarían, en general, en la contabilización del “Impuesto sobre beneficios anticipado” derivado de la diferencia de carácter temporal.

Asimismo el importe todavía no deducido aunque ya objeto de registro contable, se imputaría en los sucesivos períodos impositivos, conforme a lo

²⁵² A tal efecto la consulta DGT de 11-12-1998 en la que se plantea la posibilidad de cargar en cuentas de reservas la parcela del exceso del precio de adquisición sobre el valor teórico contable no imputable a los bienes y derechos adquiridos, indica que la diferencia será deducible únicamente si se registra contablemente en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.

establecido en el Art. 19 LIS, con la cota máxima preestablecida. El gasto incidiría en base imponible no en el período en que se produce la contabilización sino en aquel que corresponda fiscalmente dentro de la esfera de relativa libertad concedida por la LIS.

9.3 Cuando la entidad adquirente participe en menos del 5 por 100 en la transmitente.

De acuerdo con el Art.103.2 LIS”: Cuando el montante de la participación sea inferior al señalado en el apartado anterior, su anulación determinará una renta por el importe de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales recibidos proporcionalmente atribuible a la participación y el valor contable de la misma”.

El tratamiento de la renta se ajusta al que correspondería en caso de percepción de la cuota de liquidación, enlazada a la participación. En este supuesto se produce el contraste entre el valor contable de la participación en capital y el VNM de su alícuota en neto patrimonial, generándose la renta correspondiente.

Si se devenga renta positiva, a pesar del silencio de la norma, cabría aplicar la deducción por doble imposición interna del Art. 28.e) LIS, al porcentaje del 50 por 100.

López Santacruz²⁵³ estima que, conforme al Art.28.3.e) LIS, la deducción por doble imposición interna debe extenderse a la renta atribuible a la parte de reservas tácitas cuya tributación precisamente se difiere, es decir a “la renta que la sociedad transmitente debe integrar en su base imponible como consecuencia de la operación realizada... en la medida en que dicha renta tributará por este impuesto

²⁵³ “Guía del..., Op.Cit.Pág.800.

aunque no en sede de la entidad transmitente al tiempo de realizarse la operación, sino en sede de la entidad adquirente y en un momento posterior como consecuencia de la aplicación del diferimiento en que se concreta el régimen especial de tributación de las operaciones de concentración empresarial”.

Es decir dado que dicha renta está llamada a ser gravada, aunque con posterioridad a la operación, se permitiría que la entidad adquirente practicase la deducción sobre la parte de renta generada en la anulación de la participación imputable a la renta diferida en la entidad transmitente.

Sin embargo esta tesis puede encontrar serios escollos, puesto que la deducción que contempla el Art. 28 LIS se establece en relación con rentas que necesariamente deben haber tributado ya en otra entidad.

9.4 El Art. 103.3 LIS.

De acuerdo con el Art. 103.3 LIS: “Los bienes adquiridos se valorarán, a efectos fiscales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de esta Ley”.

El precepto no diferencia en función del porcentaje de participación, haciendo abstracción de que la anulación determine renta fiscal de conformidad con el Art. 103.2 LIS, dado que este último artículo resulta un tanto extraño a la sistemática de diferimiento.

La línea divisoria del Art. 99 LIS oscila en torno al rasgo de que “haya sido de aplicación el régimen previsto”. A su vez el régimen de diferimiento gravita eminentemente alrededor de las rentas fiscales atribuibles al sujeto transmitente. De esta manera si se inhiben éstas entrará en juego el Art. 99.1 LIS.

Por otra parte la aplicación del Art. 99.1 se antepone naturalmente a la del Art. 102.2. La entidad adquirente, si bien con motivo de su cualidad de socio,

recibe directamente bienes y derechos tras la eliminación de los títulos.

9.5 Cuando la entidad transmitente participe en el capital de la adquirente.

De conformidad con el Art. 103.4 LIS “Cuando la entidad transmitente participe en el capital de la adquirente no se integrarán en la base imponible de aquélla las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación, aun cuando la entidad hubiera ejercido la facultad de renuncia establecida en el apartado 2 del artículo 98 de esta Ley”.

Esta situación se producirá, por ejemplo, cuando una sociedad filial absorba a su matriz, la cual en su activo detentaba las acciones de la entidad absorbente que ahora son recuperadas por ésta.

En definitiva se produce la adquisición de una autocartera en el marco de los supuestos de libre adquisición de acciones propias previstos en la LSA. La solución articulada resulta coherente con el planteamiento del Art. 15.10 LIS, que establece que la adquisición y amortización de acciones propias no determinará para la sociedad adquirente, rentas positivas o negativas. Correlativamente tampoco procedería la deducción por doble imposición intersocietaria.

La inercia del diferimiento conllevará la valoración de las acciones propias por el mismo valor fiscal que ostentaban los títulos en la transmitente, como ocurriría con los restantes activos recibidos, sin que obste a ello el hecho de que estos títulos puedan a su vez formar parte de la corriente financiera del canje.

En primera instancia la sociedad absorbente recupera sus títulos. Resulta curioso constatar como, a continuación, los valores serían normalmente atribuidos a los socios de la absorbida que pasan a serlo de la adquirente. En principio entraría

en juego automáticamente en sede de éstos, y no ya en la de la entidad adquirente, la regla valorativa del Art. 102.2 LIS.

En realidad formalmente jugarían dos reglas sucesivas de valoración. Primero la de continuidad de valores fiscales (Art. 99.1 LIS) en sede de la compañía adquirente. A continuación la de valoración en sede de los socios por el valor de los títulos, a su vez, entregados por éstos. En la práctica el criterio nuclear será el segundo.

En cualquier caso la entidad adquirente recupera unos títulos a los que puede dar una triple funcionalidad. En primer lugar puede retenerlos en autocartera, a partir de cuyo momento estarán sujetos a la regulación de ésta. La posterior amortización de títulos no daría lugar, de acuerdo con el Art. 15.10 LIS, a la manifestación de renta fiscal positiva o negativa. Si se enajenan ulteriormente estas acciones en autocartera sí se generaría renta contable y fiscal.

En segundo lugar la sociedad puede optar en el acto de la percepción, con motivo de la operación, por amortizar dichos títulos, sin soportar incidencia tributaria alguna por dicho concepto.

La tercera y más ágil opción sería reconducir los títulos captados a la corriente financiera de la atribución de valores. La traslación de títulos de la adquirente a los socios de la transmitente es reconocida como inocua desde el punto de vista tributario.

En efecto dicha atribución de la sociedad absorbente a los socios de la absorbida debe entenderse desprovista de sustantividad fiscal. Se trata de un supuesto similar al de la entrega de acciones viejas como contrapartida de la operación de aportación no dineraria.

En aquella hipótesis podría discutirse la posibilidad de aplicar a dicha

transferencia independiente la fiscalidad de la permuta. Ahora bien en el marco de la fusión o escisión parece evidente la carencia de repercusión fiscal de la corriente de atribución de valores ya sean estos viejos o nuevos.

CAPITULO V.

Analizaremos la manera, en ocasiones llamativa, en que el legislador resuelve problemas de necesaria resolución entrelazados inseparablemente con el desarrollo contractual de las operaciones y la correspondiente transmisión pero ya no relacionados, en un plano de inmediatez, con el diferimiento de la imposición de las rentas fiscales.

Estas cuestiones conforman lo que denominamos "tercer compartimento". La problemática asociada exigirá imperiosamente, de nuevo, recurrir al Derecho supletorio.

I. SUBROGACION EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

En primer lugar debemos aclarar que, justo tras la finalización del presente trabajo, ha sido promulgada, en nuestro ordenamiento, la nueva Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, la cual, precisamente respecto a esta temática, incorpora sustanciosas novedades, emprendiendo un esfuerzo clarificador, del que adolecía nuestro Derecho Tributario, y aclarando, por ejemplo, la figura del sucesor y las particularidades inherentes a aquellos negocios jurídicos que impulsan una transmisión en bloque inter vivos, si bien parece que la funcionalidad principal que late, como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley, radica en asegurar el cobro de las deudas tributarias.

En nuestra exposición nos ajustaremos al esquema vigente con anterioridad, sin perjuicio de que introduzcamos alguna puntualización aislada.

1.1 Introducción. La virtualidad del Art. 104 y la acogida al régimen especial.

El Art.104 LIS, en muchos aspectos, es verdaderamente novedoso. Por tanto debe ser objeto de una interpretación sumamente cuidadosa, particularmente respecto a su delicada imbricación con los esquemas genéricos del Derecho Tributario.

Debemos estudiar la subrogación en las relaciones jurídico fiscales, en coherencia con la naturaleza del negocio que brindará el título traslativo, conjugando la normativa tributaria, la contenida en el régimen especial y la "genérica", con la propia del Derecho común.

En primer lugar debemos analizar la interrelación lógica entre la acogida al régimen especial y la consiguiente operatividad del Art.104. Es decir si la eficacia del Art. 104 LIS se circunscribe a los linderos de dicho régimen o se conecta con la simple consumación de las operaciones de reestructuración.

Nos encontramos ante una cuestión costosa de dilucidar. Si, por una parte, el efecto subrogatorio asociado al precepto conlleva una verdadera especialidad en los términos que indicaremos, lo cierto es que adicionalmente se halla entrelazado a la íntima estructura de determinados negocios jurídicos, más allá de la dicción del Art.104 LIS.

En principio parecería criterio racional que las previsiones de este precepto se desentendiesen de la efectiva aplicación del diferimiento. Basta pensar en una aportación de rama, en cuyo contexto se ejercitase una renuncia parcial y hubiese, pues, que aplicar sólo a los derechos y obligaciones tributarias referidas a determinados elementos el mandato del Art. 104 LIS. Es fácil concebir las posibles

distorsiones interpretativas.

En este sentido, por ejemplo, incluso sin virtualidad del régimen especial, aparentemente si existe sucesión universal la solución subrogatoria se desprendería de la propia esencia de esta tipología de sucesión. La transmisión en bloque aparejaría, por sí misma, la sucesión en los derechos y obligaciones tributarias²⁵⁴.

No obstante debe subrayarse la posible riqueza de relaciones jurídico-fiscales preexistentes y los potenciales problemas interpretativos en función de la casuística que puede presentarse²⁵⁵, la cual debe ser atemperada conforme al debido entendimiento del principio de neutralidad.

Cabe concluir, según puntualizaremos, que la efectividad del Art.104 depende, desde una perspectiva primaria, de la efectiva aplicación del régimen especial.

Parece, no obstante, oponerse a esta solución la literalidad del Art. 107 LIS. Este precepto impone a la entidad adquirente unos determinados deberes informativos, eficaces bajo la premisa de la eficacia del régimen especial. No obstante resalta que si se ha ejercitado la facultad de renuncia al régimen únicamente deberá cumplimentarse la debida mención en la memoria de las Cuentas Anuales, de una “Relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de determinados requisitos de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 104 de esta ley”.

En efecto aparentemente se desprende que la eficacia del Art. 104 LIS es plena

²⁵⁴ En esta línea (en Todo Fiscal. Com.2002, Editorial CISS, Pág. 984) se subraya que “Resulta indiferente a efectos de subrogación que sea aplicable o no el régimen de diferimiento impositivo que establece la Ley, por cuanto la misma es inherente a la sucesión que se produce como consecuencia de las operaciones”.

²⁵⁵ Por ejemplo en la contestación de la DGT a la consulta de 26 de abril de 2000 (nº 0949-00) se interpreta que la operatividad del Art. 104 bascula en función del presupuesto de la acogida al régimen especial. En el mismo sentido la consulta DGT de 12 de junio de 2002 (nº 0901-02).

también bajo el imperio del régimen genérico. Sin embargo interpretamos que dicha redacción se inscribe en el marco de la inseguridad que subyace respecto a si la posibilidad de subrogación se escuda o no directamente en la sucesión a título universal, a cuyo efecto el artículo citado explicita tal mención.

Sin embargo esta conclusión parcial no agota las especificidades del mandato normativo. En ocasiones, si late una sucesión universal, la misma impulsará la subrogación, aun cuando no se despliegue el Art. 104. En otras en cambio, dependiendo de la esencia de la relación jurídica, sería precisamente el Art. 104 el que articularía la subrogación, que sin su juego no podría concatenarse.

Ahora bien, aunque la observación pueda antojarse reiterativa, el criterio incardinado por el Art. 104, en sí mismo, sólo será operativo cuando la operación sea tutelada por el régimen especial. En otro caso habrá que atender a las soluciones del Derecho Común y conjugarlas con la lógica fiscal, excluyendo la proyección del remachado artículo.

La Directiva 90/434/CEE no se pronuncia sobre esta temática, asociada a la tradición jurídica de cada ordenamiento. La conclusión estriba en el constante esfuerzo de reinterpretación a que obliga la materia.

En definitiva ciertos pilares básicos de los esquemas jurídico tributarios genéricos, se ven retocados. El Art. 104.1 LIS juridifica una solución original para la sucesión de relaciones jurídico fiscales que prevalecerá sobre cualquier hipotética divergencia de los criterios jurídico mercantiles, sin perjuicio de la posible superposición de normativa, circunstancia suplementaria que asimismo complicará la interpretación.

1.2 Criterio de delimitación del Art. 104 LIS.

De acuerdo con el Art. 104 LIS distinguimos:

A) Sucesión a título universal: De acuerdo con el Art.104.1”: Cuando las operaciones mencionadas en el artículo 97 determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente. La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente”.

La subrogación es absoluta respecto de la posición jurídica frente a la Hacienda Pública. Se trata de una hipótesis que permite tal profundidad subrogatoria que más bien equivale a una suplantación en el posicionamiento del anterior sujeto, en relación con todas las relaciones jurídicas de que fuese titular el sujeto transmitente, con indiferencia de su estado.

B) Sucesión a título no universal: Según el Art.104.2”: Cuando la sucesión no sea a título universal, la transmisión se producirá únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos. La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos derivados de los incentivos fiscales de la entidad transmitente, en cuanto estuvieren referidos a los bienes y derechos transmitidos”.

De conformidad con el Art. 104.4 LIS “las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas”.

Menéndez ²⁵⁶ hace hincapié en el problema central del precepto”: Subyace en estos preceptos una errada concepción de la relación existente entre el carácter de la transmisión (universal o no universal) y el objeto transmitido (todo o parte del patrimonio)... la norma no ha reparado en el dato de que en la escisión se produce una sucesión universal pero especial o parcial... Cabe pensar, en contra del tenor literal del artículo 104, que la intención del redactor ha sido la de referirse en el apartado 1 a aquellos casos en que se transmite la totalidad del patrimonio de la entidad a una sola entidad adquirente, y en el apartado 2 a aquellos supuestos en que la entidad adquirente tan sólo recibe una parte del patrimonio de la entidad transmitente (aunque sea a título universal, como sucede en la escisión)”.

En efecto existe, según resaltamos, una mezcla conceptual entre la concepción de la sucesión universal y la del traspaso total de un patrimonio. Evidentemente la correspondencia entre ambos conceptos no es, en absoluto, unívoca. Entendemos que dicha falta de diferenciación clara resulta perniciosa técnicamente pues dificulta la categorización jurídico-fiscal.

En cualquier caso la distinción invocada no se ajusta a la meridianamente trazada por el Art. 104 LIS, con lo que no puede aceptarse que el legislador quiera referirse a la diferenciación entre traspaso global o parcial de un patrimonio. Por ejemplo, a través de una aportación no dineraria, se puede ceder un patrimonio íntegro subsistiendo la entidad aportante como sociedad de cartera. La línea divisoria trazada por el artículo afecta a la profundidad de la subrogación, que será superior en el marco del Art. 104.1.

En definitiva, a cualquier efecto que pueda trascender, habrá que respetar la frontera efectivamente marcada. De hecho aludimos a magnitudes que afectan a la

²⁵⁶ “Regímenes especiales...”, op.cit. Pág.19.

ley de circulación de los elementos, punto sobre el que no puede introducir la norma fiscal ningún matiz interpretativo.

Ahora bien se constata como el legislador, al diseñar el Art. 104.1, estaba pensando eminentemente en la operación de fusión. Cuando establece que “se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente”, parece desconocer que en la figura de la escisión total (y en su caso la escisión parcial), que también encauza una sucesión a título universal, puede haber posicionada más de una entidad adquirente, con lo que tal directriz se revela como imprecisa, y debe ser atemperada, una vez que necesariamente se fracciona el patrimonio de la sociedad escindida.

De este modo la correcta atribución de relaciones jurídico fiscales puede demandar a su vez el tácito juego de los criterios del Art. 104.2 LIS, los cuales pueden entenderse operativos en cuanto lógicos.

En la hipótesis de sucesión a título singular la subrogación se producirá sólo respecto de aquellos derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos.

La redacción del Art.104.2 no debe interpretarse de forma restrictiva. El nexo causal hilvanado no reclama una ligazón tan estrecha como para circunscribirse a los impuestos de carácter real, apegados por su naturaleza a los elementos, sino que englobará a cualesquiera conceptos impositivos susceptibles de conectarse a los bienes transferidos, sean éstos elementos individualizados o universalidades patrimoniales.

En realidad, aunque tanto el Art. 104.1 como el Art. 104.2 aluden a la sucesión en derechos y obligaciones tributarias, debemos abordar, desde una perspectiva amplia, la sucesión en la relación jurídico tributaria, con motivo de

estas operaciones, entendida, conforme al Art. 17 de la nueva LGT, como el conjunto de obligaciones, derechos y potestades originados por la aplicación de cada tributo, de la que pueden derivarse tanto obligaciones materiales, como formales, así como la imposición de sanciones tributarias, en caso de incumplimiento.

1.2.1 Subsunción de las operaciones de reestructuración en la órbita del Art. 104.1 o 104.2 LIS.

Como hemos especificado la modalidad de tipología sucesoria, sucesión a título universal o singular, encauzada por la transmisión patrimonial, que impulsa el negocio jurídico respectivo, representa el punto neurálgico del artículo.

La fusión se presenta como el más acabado supuesto de sucesión universal entre personas jurídicas.

En la operación de disolución con cesión global del activo y pasivo al único socio se constatan, como analizamos, unas peculiaridades técnicas que aproximan extraordinariamente el supuesto a la operación de fusión impropia. La norma tributaria ha reconocido esta ligazón, comprimiendo a esta operación dentro del diferimiento impositivo a través del conducto del Art. 97.1.c) LIS.

Por su parte el Art. 104 LIS gravita sobre un concepto jurídico privado excepcional que difícilmente cabe apreciar de forma cristalina en esta operación²⁵⁷.

²⁵⁷ Sánchez Oliván (La fusión de sociedades..." Op.Cit. Pág.405) entiende sin embargo que "... sólo cuando paralelamente a la transmisión del patrimonio activo y pasivo en bloque, se establece la posibilidad de que los acreedores puedan exigir garantías por el cambio de deudor se está reconociendo que aquella transmisión se produce mediante sucesión a título universal, lo que se daría, por tanto, en las fusiones y escisiones, pero no en las disoluciones de sociedad totalmente participada".

Trías M. (Las operaciones..." Op.Cit. Pág.74) interpreta, en esta línea, que en la cesión global del activo y el pasivo no se determina expresamente la existencia de sucesión universal.

En cualquier caso el parentesco estructural, entre esta operación y la fusión “mercantil”, proporciona una cobertura a la norma tributaria para la subsunción de la cesión global en el Art.104.1. Esta sería la única alternativa neutral, en un plano técnico-jurídico, una vez que ambas operaciones resultan equivalentes en esta órbita sistemática.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse específicamente al respecto. En este sentido el TS (sentencias de 26-5-1994 y de 24-9-1999) ha explicitado que en la disolución de una entidad con cesión global del activo y del pasivo a favor del único socio, existe, desde la óptica tributaria, la sociedad cesionaria se subroga universalmente en todo el contenido patrimonial y obligaciones que existan en el momento de la transmisión o pudieran existir (responsabilidades tributarias) en el futuro.

Asimismo la escisión total instrumenta una sucesión a título universal. La doctrina discute no obstante su presencia en el marco de la escisión parcial²⁵⁸,

Desde otra postura Masaguer J. (Las operaciones...”, Op.Cit. Pág.299) interpreta que existe, en este marco, una sucesión en bloque o a título universal. “El apoyo legal expreso necesario para que un negocio jurídico traslativo produzca en nuestro Derecho tan excepcional efecto reside en la adjetivación de la cesión como “global” por el artículo 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y los mecanismos técnico-jurídicos sobre los que se sustenta son la inscripción registral... y la atribución de un derecho de oposición a los acreedores, que toma el lugar del consentimiento individual requerido con carácter general para la asunción de deudas.

²⁵⁸ En esta línea resulta significativa la ambigua redacción de la Resolución de la DGRN de 10-06-1994 respecto de la escisión parcial cuando destaca que no existe una normativa que dado “... el carácter excepcional que este sistema de transmisión de patrimonios tiene en nuestra legislación, en la que tan sólo se reconoce en los casos de fusión y de escisión, aunque ciertamente, de manera más limitada en la escisión parcial... “.

Luz Ruibal (La sucesión... , Op.Cit. Pág.242 y 243) estima que como no tiene lugar la extinción de la personalidad de la sociedad que se escinde ni se produce una transmisión en bloque sino una amputación patrimonial, no existe sucesión universal en el marco de la escisión parcial.

En el mismo sentido Monche Maristani A. y Nin Ros J.M. (“El nuevo régimen legal...” op.cit. Impuestos, nº14, julio 1992).

Asimismo Arnau Zoroa F. califica las operaciones de escisión como de sucesión singular.

Por su parte Trías M. (Las operaciones..., Op.Cit. Pág.74) interpreta que la sucesión universal no se produce porque la sociedad titular de las posiciones jurídicas deje de existir, sino porque el legislador decide anudar este efecto a determinadas operaciones al objeto de dotarlas de un régimen jurídico que facilite la operativa de transmisión de un patrimonio organizado. Asimismo

Noval Pato J. (La cesión global...” Op.Cit. Pág. 54) comenta que “la sucesión universal no guarda conexión necesaria con la extinción jurídica del anterior titular del patrimonio transmitido”.

fundamentalmente debido a la supervivencia en Derecho de la entidad escindida²⁵⁹. De hecho incluso se ha llegado a sostener que sólo las escisiones totales son “verdaderas escisiones”²⁶⁰.

Cabe destacar la insuficiente delimitación estructural entre la escisión parcial y la aportación no dineraria, la cual canaliza una sucesión a título singular.

A nuestros efectos el Art. 97.2.b) LIS, sin obviamente tomar partido en la polémica jurídico sustantiva, transcribe para trazar el perímetro conceptual de la escisión parcial la expresión “transmisión en bloque”. De esta manera la LIS se inclina porque, en su perímetro normativo, la escisión parcial "tributaria" ocasiona una sucesión a título universal, a pesar de que no se extinga jurídicamente el ente enajenante. De este modo la operación se encasillaría en la órbita del Art. 104.1 LIS²⁶¹.

Ahora bien el criterio de la DGT ha consistido en que la escisión parcial no determina una sucesión universal dado que es “sólo una parte del activo de la entidad la que se escinde”²⁶². En ese contexto da la impresión de que el criterio al respecto, en ocasiones, ante la falta de firmeza de las construcciones del derecho privado, fluctúa un tanto arbitrariamente según la tesis que quiera defenderse, seleccionándose el término “sucesión universal” con escasa precisión, como subrayaremos.

En el resto de operaciones analizadas, terminantemente, no cabe apreciar

²⁵⁹ La sentencia del TS de 21 de marzo de 1987 enumeró dos rasgos caracterizadores de la sucesión a título universal, consistentes primero en la disolución de la sociedad transmitente y segundo en que el patrimonio transferido compusiese una “sensible aportación”, un conjunto patrimonial organizado. A su vez destacaba la especialidad de los efectos singulares de la fusión, en ningún caso extensivos vía analogía.

²⁶⁰ A tal efecto el Art.17.1 de la sexta Directiva referente a la escisión de sociedades anónimas destaca que la escisión producirá como efecto ipso iure que “la sociedad escindida dejará de existir”.

²⁶¹ Sin embargo Ruibal Pereira L. (La Sucesión..., Op.Cit. Pág.242), por ejemplo, reconduce la figura al Art. 104.2 al no advertir sucesión universal.

²⁶² Así lo indica la consulta DGT de 29-10-2003 (1754-03).

sucesión universal, dado que la sucesión universal por obra de un negocio jurídico debe venir prevista ex lege.

En nuestro Derecho no esta recogida actualmente la hipótesis de “segregación” patrimonial en contrapartida de participaciones en el capital de la sociedad transmitente, sin atribución de valores a los socios de ésta, con sucesión a título universal aparejada²⁶³.

No obstante, como anticipamos, algunas resoluciones y sentencias vienen titubeando e invocan la apreciación del efecto de sucesión universal en relación con la aportación de ramas de actividad²⁶⁴, entremezclando indistintamente supuestos de sucesión universal y de transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, confusión que es lesiva para el esclarecimiento de la materia.

1.3 El Art. 104 LIS en interrelación con el Art. 72 LGT y el Derecho Privado.

La transmisión inter vivos no apareja , con carácter general, en nuestro ordenamiento la correlativa transmisión de las deudas tributarias, teniendo en cuenta el principio rector de la indisponibilidad de la posición del sujeto pasivo establecida por el Art. 36 LGT.

En este marco, como desarrollaremos, el Art. 104 LIS origina una autentica transmisión de débitos y créditos tributarios, una novación del elemento subjetivo de la relación obligacional con la Hacienda Pública, descartando el juego del

²⁶³ El Derecho alemán (en la Ley de Modificaciones estructurales de 1994) reconduce la segregación, o transmisión en bloque de unidades empresariales en contrapartida de la entrega de participaciones por la adquirente, al régimen de la escisión. Por su parte el Derecho Francés regula la cesión global sin extinción jurídica de la entidad cedente, previendo la posibilidad de aplicación de la regulación de la escisión con al consiguiente sucesión universal.

²⁶⁴ Por ejemplo la sentencia del TS de 29 de mayo de 2001 alude, indistintamente, a que unos adquirentes vienen sucediendo universalmente en virtud tanto de operaciones de fusión por absorción como de aportación no dineraria.

ordinario mecanismo jurídico de la extensión de responsabilidad del Art. 72 LGT, para las hipótesis de transmisión de unidades empresariales.

La institución del Art.72 LGT demanda la concurrencia de dos presupuestos de hecho, aquel en cuya virtud nace la obligación del responsable, sucesión de la titularidad y actividad económica. En un segundo término que el transmitente no haya satisfecho la deuda tributaria derivada del ejercicio de la actividad.

La doctrina ha aclarado (con las matizaciones que explicitaremos) que el Art. 72 LGT establece un supuesto de responsabilidad²⁶⁵, distinto de los consagrados en el Art. 37 LGT, incluyendo al adquirente de una empresa en la esfera de posibles obligados a satisfacer la deuda tributaria. El adquirente ocupará la posición jurídica de responsable pero no de sujeto pasivo.

De este modo, en nuestro contexto, acaece la conversión del ordinario mecanismo de la extensión de responsabilidad en una verdadera sucesión que ocasiona un desplazamiento del sujeto pasivo cuya actuación en el tráfico comercial originó el devengo del tributo respectivo.

En definitiva aparentemente existe un desvío del cauce usual materializado en dos extremos: la posibilidad de transmisión inter vivos de derechos y obligaciones tributarias, y la consiguiente supresión de la extensión de responsabilidad. Teóricamente se advierte un trato de favor para las operaciones acogidas, concretado en la exclusión de la garantía del crédito tributario que conllevaría el Art. 72 LGT y 13.3 RGR.

No obstante conviene detenerse en este punto. Sánchez Galiana²⁶⁶ sintetizó

²⁶⁵ Que la generalidad de la doctrina entiende que tiene carácter subsidiario.

²⁶⁶ "Problemática de la sucesión en las deudas tributarias por transmisión de negocios", Impuestos, 1985 Tomo II, op.cit., Pág.375 y 387).

que “: “...cabría plantear algunos supuestos particulares en los que, al igual que sucede en las transmisiones mortis causa se podría hablar de una autentica sucesión en las deudas tributarias. Tal sería el caso de la fusión de sociedades. ... también ha sido citado el supuesto de sociedades que al extinguirse transfieren o comunican su patrimonio con el patrimonio personal de los socios... Hay en ambos casos una sustitución por completo del deudor anterior... Son supuestos muy concretos de sucesión por parte de personas físicas y jurídicas a determinadas personas jurídicas que se ha realizado si se quiere atendiendo a una voluntad o acuerdo inter vivos”.

Por su parte la sentencia del TS de 27 de septiembre de 2002 destaca que en nuestro derecho “han coexistido dos regímenes distintos, el del sujeto responsable, junto al sujeto contribuyente, propio de la transmisión a título oneroso o a título lucrativo Inter. Vivos o mortis causa de empresas o explotaciones económicas y el de la sucesión en las obligaciones tributarias derivadas de cualquier bien como transmisión in universum ius, propio de la sucesión mortis causa y de los procesos de fusión”.

De esta forma, sin entrar en disquisiciones teóricas, hay que diferenciar las conclusiones en función del cauce negocial. No parece que el Art. 104 LIS rompa de forma tajante la genérica metodología sucesoria, puesto que en el marco de la sucesión a título universal (ya en virtud del Derecho común) podría canalizarse, dada la asunción en bloque del pasivo que acaece, una verdadera sucesión inter vivos de los derechos y obligaciones tributarias.

Sin embargo nos encontramos ante derechos y obligaciones de índole tributaria, los cuales se regirán por lo dispuesto por la LGT, por las leyes propias de

También Berberena Belzunce (Impuestos, Diciembre 1991, “La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas”, Pág.9) indica que: “Salvo algún caso aislado de transmisión inter vivos, como es el de la fusión y disolución-liquidación de sociedades y entidades jurídicas, la transmisión de las obligaciones tributarias sólo es posible por actos mortis causa”.

cada tributo y por los reglamentos y, supletoriamente, por el Derecho común.

En cualquier caso es admitido que, en los casos de sucesión universal, se transmiten excepcionalmente los derechos y obligaciones tributarias, en coherencia con la esencia de esta sucesión, ya sea mortis causa o Inter vivos (primordialmente en el caso de fusión de sociedades).

En estas hipótesis se origina una verdadera novación en el componente subjetivo de la relación obligacional con la Hacienda Pública. Por consiguiente debemos matizar en qué medida el Art. 104.1 LIS atempera este efecto y cuál es, entonces, la virtualidad del Art. 104.2 LIS.

Consideramos oportuno, a nuestros efectos, mencionar la distinción elaborada por Ruibal Pereira ²⁶⁷entre las categorías de la institución sucesoria y el efecto sucesorio. La autora concibe la institución sucesoria como aquel canal tasado por el que se llega, sobre la base de la muerte de una persona física o jurídica, al excepcional efecto sucesorio consistente en el cambio subjetivo de una relación jurídica. En esta línea no cabría institución sucesoria sin efecto sucesorio pero sí efecto sucesorio al margen de dicha institución.

Se concluye que cuando la norma tributaria quiera aplicar el régimen propio de la institución sucesoria parece coherente que se remita con carácter general al Derecho Civil. Cuando se trate de analizar la producción de un efecto sucesorio sobre alguna concreta relación regulada por el Derecho Fiscal, bastaría confrontar tal efecto con las normas que inspiran esta disciplina.

Por consiguiente detectaríamos, en las hipótesis reguladas por el Art. 104.1, una institución sucesoria con motivo de la especificidad de la fuente traslativa, cuya

²⁶⁷ La Sucesión..., Op.Cit. Págs.45 a 63.

interpretación debiera combinar la normativa civil y mercantil con la fiscal. De este modo el Art. 104.1 LIS sería parcialmente redundante (no en términos absolutos como resumimos) de aquellas soluciones, inherentes al desarrollo jurídico de aquellas operaciones, que determinan una sucesión a título universal.

En el marco del Art. 104.2, no obstante, observaríamos supuestos de efectos sucesorios muy cualificados y queridos por la norma en un contexto muy concreto, pero no entroncados con la esencia del negocio traslativo.

Finalmente el Art. 40.3 de la nueva LGT, Ley 58/2003, armoniza la institución subrogatoria inscrita en el régimen especial con la esquemática propia de nuestro Derecho tributario “genérico”, cerrando , de este modo, parcialmente, una grieta que permanecía entreabierta en la debida sincronización.

En concreto este artículo admite la subrogación ocasionada conforme al proceso jurídico, encajando con el Art. 104 LIS. Según el precepto: “ En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades mercantiles, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad mercantil”.

1.4 Planteamiento. Delimitación conceptual entre sucesión y responsabilidad. Interrelación entre el Art. 104 LIS el Art. 72 LGT y la normativa mercantil.

Debemos tener en cuenta, en este contexto, el silencio que guarda la LGT respecto a la posibilidad de sucesión en la deuda tributaria, sin perjuicio de lo

dispuesto por el Art. 36 LGT. A tal efecto existe, en esta temática, un barniz de cierto confucionismo, haciendo abstracción de la reforma efectuada por la nueva LGT, Ley 58/2003.

Se padece el lastre de la mezcla conceptual entre los supuestos de “sucesión”, “transmisión” y “responsabilidad”. Por ejemplo también el Art. 72 LGT alude a “sucesión”.

Cabe partir de que, potencialmente, existe un campo compartido entre el Art.72 LGT y el Art.104 LIS. Ambos preceptos (con las matizaciones que se quiera) vislumbran casos de transmisiones de empresas. A tal efecto las conocidas operaciones representan títulos traslativos susceptibles de encaje en el Art.72 LGT. Resulta pues imprescindible analizar el entramado de puntos de conexión entre el Art. 72 LGT y 104 LIS, así como la paralela interrelación con el contexto jurídico privado.

De acuerdo con el Art.72.1 LGT”: Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades, y entidades jurídicas, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad, sin perjuicio de lo que para la herencia aceptada a beneficio de inventario establece el Código Civil”.

El eje central de ambos preceptos es completamente diferente. El Art. 104 regula una sucesión (desconectada del instituto de la responsabilidad) que ni se limita necesariamente a las obligaciones tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones económicas, ni evidentemente queda condicionada a la declaración de responsabilidad subsidiaria previa falencia del sujeto pasivo transmitente.

El Art.104 comprende no ya sólo pasivos, como el Art. 72 LGT (el cual restringe además aquellos que podrían ser exigidos al adquirente de la empresa), sino de forma omnicomprendiva, créditos y débitos, derechos y obligaciones. A tal

efecto cristaliza un instituto subrogatorio que arrastra, magnéticamente, beneficios fiscales, expectativas etc., sin que exista barrera restrictiva distinta del nexo que pide el artículo con los elementos transmitidos, en los conocidos términos.

En esta línea el Art. 72 LGT ciñe el efecto de la derivación de responsabilidad a aquellos conceptos impositivos “derivados del ejercicio de la actividad”. Es decir a aquellos tributos cuyo hecho imponible sea consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial. Por su parte el Art. 104 prevé una transmisión de derechos y obligaciones tributarias sin demandar su origen en la actividad empresarial, aunque de hecho en este contexto estarán, en última instancia, *conectados* con el tráfico mercantil.

Asimismo, en la esfera del Art. 72 LGT, según las tesis del TEAC, no sería precisa una traslación jurídica (a pesar de que el Art. 72 LGT pide la concurrencia de una sucesión en la titularidad), con mayor motivo en ningún caso sería necesaria una sucesión a título universal, como medio que procurase la sucesión en la titularidad sino que lo relevante sería la sucesión en el ejercicio (concepto económico), como dato de hecho.

En cualquier caso si nos centramos en la hipótesis de mecanismos jurídicos de transmisión de empresas que produjesen la sucesión en la titularidad de la actividad, muy distintos instrumentos (también obviamente las operaciones de reestructuración en cuanto títulos jurídicos) podrían plasmar dicha sucesión.

Por su parte el Art. 104 opera cuando exista una transmisión jurídica impulsada por unos muy concretos cauces, haciendo abstracción del anterior supuesto. Las construcciones contractuales sobre las que se proyecta resultan flexibles. No exigen identidad de objeto social, ni de forma jurídica entre las entidades partícipes.

Así pues, en principio, las conexiones serán muy asimétricas. Constatamos la diferente virtualidad del núcleo de los artículos 72 LGT y 104 LIS, aunque puedan compartir coyunturalmente una importante porción de substrato material. En todo caso la operatividad del Art. 72 LGT, como trasfondo supletorio del Art. 104 LIS, debiera matizarse caso por caso²⁶⁸.

La jurisprudencia (por ejemplo sentencias del TS de 26 de mayo de 1994, 24 de septiembre de 1999 y de 27 de septiembre de 2002) para llegar a la solución de traslado de débitos tributarios apoya fundamentalmente la sucesión en el instituto de la sucesión universal, basculando en torno a la normativa civil y mercantil, sin mencionar el juego del Art. 104 LIS, tal vez por el escollo formal que representa el Art. 36 LGT²⁶⁹.

A tal efecto, tanto es así, que la sentencia del TS de 26 de mayo de 1994²⁷⁰ indaga en el acuerdo de la junta General de accionistas de la entidad cedente para concluir que la cesionaria se subrogaba, sin particularidad, en las deudas tributarias devengadas con posterioridad a dicha sucesión. Es revelador que la sentencia atiende al dato de la plena perfección jurídica de la operación con la inscripción registral de la escritura, y el consiguiente efecto, no ya entre las partes, sino erga omnes.

La sentencia de 24-9-1999 cimenta la posibilidad de sucesión en las deudas

²⁶⁸ Ruibal Pereira sí admite la potencial proyección del Art. 72 LGT sobre nuestro contexto como norma supletoria, si bien lógicamente parte de que es el Art. 104 el precepto nuclear regulador (La sucesión..., Op.Cit. Pág.237 y esta misma autora en: Estudios sobre... Op.Cit.Pág.491.

Sin embargo Lozano Serrano C. (Responsabilidad del adquirente de empresa por deudas tributarias anteriores a la transmisión, Cuadernos de jurisprudencia Tributaria (11), Editorial Aranzadi.,1998, Pág.56) estima que el Art. 72 LGT no es "donde puede encontrarse la fuente normativa de las responsabilidades del sucesor a título universal, lo que permite considerar que en las transmisiones sucesorias universales el precepto es inoperante e innecesario, en cuanto que nada añade a las consecuencias jurídico privadas de este tipo de transmisión.

²⁶⁹ Según la sentencia: " la sucesión a título universal de las obligaciones tributarias ha tenido su causa no en las disposiciones del Derecho Tributario, sino en las propias del Código Civil y de la legislación mercantil".

²⁷⁰ En esta sentencia se analizaba si el Banco Bilbao Vizcaya SA era responsable del pago de las deudas tributarias, devengadas con posterioridad a la transmisión, de la Banca Vilella SA a la que sucedió el Banco de Bilbao Vizcaya a través de una cesión global del activo y del pasivo.

tributarias en el instituto de la sucesión universal²⁷¹. Es la propia naturaleza del título traslativo la que culmina el efecto subrogatorio.

De acuerdo con esta sentencia” La sociedad P SA como adquirente, sucesora y continuadora de la actividad de la sociedad disuelta es responsable de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y actividades económicas realizadas por FR SA, pero esta afirmación a minoris no excluye que pueda incluirse también a maioris en el instituto de la sucesión tributaria a título universal”.

De este modo la sentencia del TS avala la tesis de la operatividad supletoria del Art. 72 LGT sobre el Art. 104.1 LIS. La sociedad jurídicamente adquirente es también continuadora de la actividad de la sociedad disuelta. Ambos preceptos pueden regular aspectos colaterales de un mismo fenómeno.

Sin embargo si impera la sucesión universal (aun sin invocación del Art.104) parece que el centro de gravedad del Art.72 (que, como cualquier herramienta de extensión de responsabilidad, tiende a ensanchar el círculo de posibles obligados tributarios sin relevar al transmitente y original sujeto pasivo) es incompatible con la esencia de la subrogación²⁷², la cual apareja no una yuxtaposición sino un auténtico desplazamiento del sujeto transmitente ²⁷³.

²⁷¹ La resolución del TEAC de 13-9-2001 asimismo destaca que procede la exigibilidad de las deudas y responsabilidades tributarias a la sociedad adquirente, en una fusión por absorción, con la condición para dicha adquirente de sujeto pasivo, al acaecer una sucesión a título universal.

Por su parte la resolución del TEAC de 25-2-1999 sí fundamenta directamente en el Art. 104 LIS la posibilidad de subrogación en un crédito fiscal.

²⁷² Sin embargo debe resaltarse que la sentencia de la Audiencia nacional de 28 de marzo de 1995, en un supuesto de fusión por absorción, destacó que dicha operación implica una sucesión en la titularidad de la explotación y actividad económica, conforme a lo establecido en el Art. 13 RGR, admitiendo pues la procedencia de la extensión de responsabilidad, a pesar de que aparentemente cabe pensar que la entidad absorbente sería responsable directo no ya en virtud de dicha extensión de responsabilidad, sino por la subrogación operada.

²⁷³ Podemos mencionar el “Informe de 24 de enero de 1990 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria”, el cual (en relación con las operaciones de fusión) entiende que no resultaría aplicable el Art. 72 LGT respecto de la responsabilidad subsidiaria de los sucesores en las explotaciones económicas. El Informe argumenta que dicho artículo “se refiere a responsabilidad tributaria por relaciones jurídicas cuya titularidad es ajena mientras que en el caso comentado la titularidad jurídica de todas las relaciones pendientes de la sociedades extinguidas por la fusión se asumen como propias”.

El Art. 104 LIS inhibe así el eje vertebrador del Art. 72 LGT, a no ser que entendamos , como lo hace el TEAC según resaltaremos, que este último incluye un efecto subrogatorio.

Podría dudarse si una vez que resulta aparentemente inoperante el núcleo del Art. 72.1 TGT, el mecanismo central de la extensión de responsabilidad, la restante cobertura del precepto podría iluminar la interpretación.

Aparentemente, una vez taponado el basamento que presta sentido al artículo, sus restantes previsiones, complementarias, podrían resultar fuera de lugar. En nuestra opinión se proyecta el Art. 72 LGT (en cuanto quepa), dado que existe, en el trasfondo, una traslación jurídica y un cambio de titularidad.

El tenor del Art.72.2 LGT resalta que “El que pretenda adquirir dicha titularidad, y previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y actividades a que se refiere el apartado anterior. En caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses, quedará aquel exento de la responsabilidad establecida en este artículo”.

La citada sentencia del TS de 24-9-1999 resalta, respecto de las previsiones “secundarias” previstas en el Art. 72 LGT, que parece lógico admitir la posibilidad de solicitar la certificación detallada de deudas prevista en el Art. 72.2 de la Ley 25/95, pues sería un contrasentido negar a las conocidas transmisiones tal vía, encaminada a dotar de seguridad jurídico-económica al tráfico. Asimismo la sentencia del TS de 26 de mayo de 1994 alude a la posibilidad de utilizar la facultad del Art. 72.2 LGT.

Sin embargo la doctrina se halla dividida en torno a si la entidad resultante de la fusión puede solicitar tal certificación de deudas tributarias derivadas del ejercicio de la explotación ²⁷⁴ así como, en segundo lugar, si se le otorga a la adquirente la exención de responsabilidad prevista para los supuestos de no emisión por la Administración de la certificación. En cualquier caso, como destaca la doctrina mayoritaria, no parece que dicha exención de responsabilidad sea compatible con la esencia de la subrogación.

De otro lado constatamos la dificultad del encaje armonioso de la aportación no dineraria especial en el perímetro del Art.104.2 LIS, con motivo de que puede impulsar transmisiones de activos no constitutivos de unidad económica.

En este sentido reiteradas resoluciones y sentencias han exigido para la aplicación del Art. 72 LGT que el objeto de la transmisión constituya una unidad económica o funcional que posibilite la permanencia de la explotación, desde una consideración analítica. Es decir lo esencial sería que se transmitiesen aquellos elementos relevantes para el desarrollo de la actividad.

De este modo, en principio, debemos concluir que si la aportación no dineraria especial instrumenta la transmisión de meros activos patrimoniales el Art. 72 LGT no podría operar como norma supletoria del 104.2.

A su vez De la Hucha ²⁷⁵ entiende que la transmisión que incardina la operación de aportación de rama de actividad sería únicamente reconducible a lo dispuesto en el Art. 72 LGT cuando la adquisición de bienes o derechos aislados

²⁷⁴ Como sintetiza Ruibal L. (La sucesión..., Op.Cit., Pág.236), en contra de la posibilidad se podría argüir que se supedita a la conformidad del titular de la explotación que se transmite y éste desaparece en la fusión, obstáculo que parece salvable ya que la certificación tiene que realizarse con carácter previo a la adquisición de la explotación (Art. 13.5 RGR) cuando no se ha extinguido aún la sociedad transmitente. Además según la autora no debiera ser relevante la voluntad de un sujeto que en un futuro próximo ya no va a responder frente a la Administración Tributaria.

²⁷⁵ Citado por Ruibal L. : La Sucesión..., Op.Cit. Pág.247.

acarrease la transmisión de la totalidad de la actividad de la entidad transmitente, en concordancia con el Art. 13.2 RGR que prevé que la responsabilidad no resulta exigible a los adquirentes de elementos aislados salvo que estas adquisiciones permitan la continuación de la actividad.

En cualquier caso debemos recordar que el concepto de rama de actividad gravita en torno a la noción de básica continuidad de la explotación.

1.4.1 Interpretación del Art. 72 LGT como mecanismo subrogatorio.

En este contexto debemos hacer hincapié en que, como resalta Lozano Serrano existe una corriente, criticada entre otros por este autor ²⁷⁶, auspiciada por el TEAC en distintas resoluciones, que enfoca al Art. 72.1 LGT como un mecanismo subrogatorio, a través de una interpretación a sensu contrario del artículo que abarcaría la reiterada subrogación en los “activos o créditos fiscales” como reverso de la extensión de responsabilidad arbitrada para los pasivos.

La *sucesión* en la titularidad de los *créditos fiscales*, de seguirse esta interpretación, estaría correlativamente subordinada al cumplimiento de los requisitos estructurales que el Art.72 prevé para los pasivos. De esta forma no bastaría una transmisión patrimonial sino que habría que indagar acerca de la directriz de la efectiva sucesión en las actividades económicas.

En este sentido la tesis del TEAC (por ejemplo resoluciones de 7-9-2000 y 12-5-2000) concibe que la sucesión en una explotación o actividad económica admite,

²⁷⁶ Lozano Serrano argumenta (Responsabilidad del adquirente... “ Op.Cit., Pág.64), en relación con esta interpretación de configurar en el marco del Art. 72 LGT al adquirente de empresa como sucesor, que “... hemos de reconocernos incapaces para entender esta posición del TEAC, no sólo por el tenor literal del Art. 72 LGT, sino porque con ella se está -en nuestra opinión- haciendo trizas algunos de los fundamentos dogmáticos no ya del Derecho Tributario sino incluso del Derecho Común... así concebido el artículo 72 LGT deja de ser un precepto meramente configurador de una garantía del tributo para convertirse nada menos que en la cúspide y cabeza generadora de un ordenamiento particular de la sucesión en materia tributaria...”.

básicamente, distintas variantes (todas ellas englobadas por el Art.72 LGT): A) Una sucesión formal, a través de los diversos mecanismos jurídicos hábiles para ello que unas veces suponen un negocio jurídico puramente transmisorio y otras la asunción en bloque de las relaciones jurídicas del sucedido, con extinción de su personalidad jurídica. B) Una sucesión “de facto” , sin título jurídico de transmisión.

De este modo cabría interpretar que, en el Art.72 LGT (más allá de configurarse un supuesto de responsabilidad), la Ley conceptúa al sucesor como un sujeto pasivo²⁷⁷.

La citada tesis trastoca las delimitaciones conceptuales previas más o menos asentadas. A nuestros efectos, sin analizar su fundamento, que parece entremezclar las instituciones reseñadas, seguiremos el esquema *tradicional*. Consideraremos al Art.72 como un mecanismo de extensión de responsabilidad que ensancha la órbita de obligados tributarios. La sucesión operará excepcionalmente vía sucesión a título universal (refrendada por el Art.104.1) o por la excepcional compuerta del Art.104.2 LIS. En otro caso no puede existir desplazamiento del sujeto pasivo.

1.4.2 El Art. 104 LIS en interrelación con el Art. 36 LGT.

El instituto de la responsabilidad (como técnica de garantía del crédito tributario) supone simplemente una extensión de la esfera de obligados tributarios. Ahora bien la construcción del Art. 104 LIS encauza un excepcional

²⁷⁷ “...en cuanto asume las relaciones jurídicas y económicas del predecesor, bien, solemniter (sucesión formal), bien mediante actuaciones, unas veces jurídicas... y otras puramente económicas... pero sin un mecanismo formal de sucesión universal (sucesión no formal)... la única diferencia entre ellos (todos sucesores) es la extensión objetiva de su obligación: la sociedad absorbente asume todas las deudas, tributarias o no; y el sucesor “implícito” asume también éstas, pero sólo aquéllas vinculadas “las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas”.

De modo que el sucesor “nada tiene que ver con el responsable, que ni continúa si asume relación jurídica alguna del sujeto pasivo y en cuya conducta siempre hay algún elemento, al menos de negligencia, por acción u omisión, que jurídica y legalmente no puede deducirse “fortiori” del artículo 72 ”.

desplazamiento de los esquemas de tributación hacia la esfera de un sujeto distinto del que manifestó la capacidad económica prevista por un hecho imponible tipificado en nuestro ordenamiento.

Así pues el precepto ordena un reenvío de uno a otro círculo subjetivo que conllevará un desconocimiento condicionado de determinados principios consagrados. En la hipótesis de sucesión universal la esencia del proceso jurídico dulcifica el rigor del Art. 36 LGT, al tejerse una, hasta cierto punto, natural sustitución en la relación obligacional frente a la Hacienda Pública.

Sin embargo el Art.104.2 LIS es una norma que, sin formal dispensa en el substrato jurídico, prevé un traslado de derechos y obligaciones tributarias, de esencia, con carácter general, rígidamente indisponible.

De acuerdo con el Art. 36 LGT “La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios entre particulares. Tales actos o convenios no surtirán efecto ante la Administración sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”.

Esta indisponibilidad entronca con elementales premisas técnicas y se nutre además de imperativos constitucionales como el de la seguridad jurídica y fundamentalmente justicia tributaria. La capacidad económica es cualidad indisolublemente unida a la personalidad jurídica sobre la cual gravita nuestro ordenamiento.

De conformidad con el Art. 30 LGT “Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que según la ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como sustituto del “mismo”.

En el contexto del Art.104 LIS no es que un acto convencional de disposición canalice una transmisión de derechos u obligaciones tributarias, sino que el efecto

tiene su fuente en la ley.

Podríamos interpretar, en relación con los pasivos fiscales que deben imperativamente ser transferidos, que el Art. 36 LGT incorpora una significación básica inversa a la ordinaria, impidiendo su retención por parte del sujeto transmitente.

Desde otro ángulo la posibilidad de asunción de deudas fiscales, alterando las coordenadas legales mediante pacto, no alteraría en absoluto las conclusiones antedichas. Simplemente, como consecuencia de ello, nacerían unos créditos y débitos ex novo y de carácter no tributario.

El Art. 18 de la nueva LGT dispone, muy sucintamente, que “El crédito tributario es indisponible, salvo que la Ley establezca otra cosa”, previsión que suaviza el relativo impacto que cabía detectar entre el Art. 104 LIS y el antiguo Art. 36 LGT, máxime tras la expresa regulación de la figura del sucesor.

1.4.3 Sucesión en las responsabilidades tributarias.

El Art. 11.1 de la Ley 29/1991 limitaba la subrogación a “los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente que se encontrasen pendientes en el momento de adoptarse el correspondiente acuerdo”. Esta solución proyectaba dudas interpretativas. Por ejemplo en torno a las relaciones que se hubiesen generado a partir de dicho momento y antes de la plena eficacia de la operación.

La redacción del Art. 104 LIS incluye, indistintamente, deudas no sólo pendientes de pago sino de liquidación, devengadas o no con posterioridad a la sucesión. En síntesis la subrogación se extiende, desde luego, no sólo a las deudas tributarias que figuren explícitamente en el pasivo del balance de la entidad

transmitente, sino abarca aquellas no formalmente pendientes ni liquidadas, esto es las deudas afloradas en el marco de una comprobación administrativa, dentro del plazo de prescripción²⁷⁸.

Debemos resaltar que el Art. 40.2 de la nueva LGT acoge esta tesis, que se deducía de la esencia de la transmisión acaecida. De acuerdo con este artículo: "El hecho de que la deuda tributaria no estuviera liquidada en el momento de producirse la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o entidad no impedirá la transmisión de las obligaciones tributarias devengadas a los sucesores, pudiéndose entender las actuaciones con cualquiera de ellos".

La subrogación, evidentemente, también abarca la posición en aquellos procedimientos incoados²⁷⁹. Obviamente las notificaciones practicadas a la sociedad absorbente, en relación con deudas o responsabilidades tributarias dimanantes de la que fue absorbida, serían válidas e interrumpirían el plazo de prescripción²⁸⁰.

1.5 Las operaciones de reestructuración y la sucesión en conceptos impositivos. Esquema básico. Recapitulación.

Llegados a este punto debemos diferenciar, a nuestros efectos, tres subgrupos de cauces traslativos: a) Aquellos que dan lugar a una sucesión universal b) Los encuadrados en el Art.104.2 LIS que instrumentan la enajenación de una unidad económica, c) La aportación no dineraria especial.

²⁷⁸ Las aludidas sentencias del TS de 24 de septiembre de 1999 o de 27 de septiembre de 2002 llegan a esta conclusión.

²⁷⁹ Por su parte el Art. 24.1.d) del Reglamento General de la Inspección de los tributos prevé tal subrogación en la posición pasiva frente a la Hacienda Pública: "Están obligados a atender a la Inspección de los Tributos e intervendrán en el procedimiento de inspección... d) Los sucesores de la deuda tributaria".

²⁸⁰ A tal efecto podemos aludir a la resolución del TEAC de 13 de septiembre de 2001.

1.5.1 Trasmisiones comprendidas en la esfera del Art. 104.1 LIS.

El Art.104.1 LIS inserta una salvedad garantista adicional, que ya se deducía de la lógica subyacente, referida a que la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar gozando los beneficios fiscales o consolidar aquellos disfrutados por la entidad transmitente. No se trata sino de la enumeración explícita de una de las manifestaciones del mecanismo.

Hemos hecho hincapié en que, en virtud de la sucesión universal materializada, se transmite en bloque la totalidad del activo y del pasivo, incluyendo, en principio, derechos y obligaciones tributarias, a su vez tanto liquidadas como no liquidadas. No obstante ya especificamos que el Art.104.1 no resulta redundante. Nuestro ordenamiento requería la juridificación expresa de este criterio.

Por otra parte debemos considerar que los supuestos de responsabilidad amparados por las normas mercantiles arbitrarían en todo caso supuestos de responsabilidad mercantil y no tributaria.

Advertimos que el Art. 104 LIS, para la escisión, paradójicamente, suaviza la responsabilidad que el Derecho Mercantil prevé para las obligaciones asumidas por las entidades beneficiarias.

A tal efecto el Art. 259 LSA dispone que “en defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión responderán solidariamente las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, y si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación”.

Así pues, según la norma mercantil, podría responder en concepto de responsable (aparte de la adquirente) las restantes entidades beneficiarias del patrimonio de la escindida, y ésta misma si no hubiese perdido su personalidad jurídica (escisión parcial)²⁸¹.

Sin embargo, si opera el diferimiento, nos encontramos con que una modalidad de los débitos, las obligaciones tributarias, se trasladarían a la entidad receptora de los elementos²⁸². El mecanismo subrogatorio liberaría tanto a la entidad cedente como a las restantes beneficiarias. A tal efecto podríamos pensar en un diseño elusivo consistente en trasladar, con eficacia liberatoria, los elementos encierran fuertes contingencias fiscales a sociedades vinculadas con un patrimonio neto insuficiente para prestar la debida cobertura a la Hacienda Pública.

1.5.2 Transmisiones comprendidas en la esfera del Art. 104.2 LIS.

En las transmisiones en que la sucesión instrumentada no sea a título universal, el Art. 104.2 LIS circunscribe la operatividad de la transmisión de derechos y obligaciones tributarias a aquellos que estén conectados con los bienes y derechos transmitidos.

Cabe resaltar la laxitud del nexo insertado por la norma para permitir la transferencia de los derechos y obligaciones tributarias : “que se refieran a los bienes y derechos transmitidos”.

Consideramos que la redacción del precepto, a pesar de su imprecisión,

²⁸¹ Ruibal L. (La sucesión... Op.Cit. Pág.241) interpreta que “la responsabilidad solidaria de la entidad escindida junto a la beneficiaria contenida en este precepto no es aplicable a los supuestos de escisión total.

²⁸² Por su parte Sánchez Oliván (La fusión y la escisión..., Op.Cit. Pág.446) estima compatible la subrogación, prevista en el Art. 104 LIS, asociada a las fusiones y escisiones con la subsistencia de la responsabilidad solidaria prevista en el Art. 259 LSA.

persigue consagrar la necesidad de una armoniosa cesión de los “derechos y obligaciones tributarias”, dado que generalmente existirá desagregación patrimonial de una universalidad preexistente, en sede de la entidad transmitente, y puede existir más de una entidad adquirente.

El Art. 104.2 prevé que “la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos derivados de los incentivos fiscales de la entidad transmitente, en cuanto estuvieren referidos a los bienes y derechos transmitidos”.

Aquellas relaciones inacabadas o precisadas del cumplimiento de requisitos, particularmente incentivos fiscales condicionados²⁸³, exigirán el cumplimiento de sus condicionantes (por ejemplo el mantenimiento de elementos en el patrimonio) sin especialidad, en coherencia con el marco definido en el nacimiento de la relación respectiva, dada la sucesión acaecida en la posición subjetiva en la relación obligacional con la Hacienda Pública.

Debemos interpretar que el artículo pretende abarcar cualquier incentivo que admita ligazón coherente con el patrimonio transferido. Evidentemente tanto se contemplan las hipótesis de subrogación en beneficios fiscales engarzados a bienes concretos (como la aplicabilidad de la libertad de amortización para inversiones generadoras de empleo), como también es posible que el beneficio fiscal, en coherencia con su naturaleza intrínseca, se hallase vinculado no a bienes individualizados sino a una universalidad patrimonial.

El alcance de este precepto supone una severa bifurcación de los esquemas tributarios genéricos sin contar con el refugio de la singularidad del canal

²⁸³ Por ejemplo en el supuesto de libertad de amortización de determinados bienes de inversión, condicionada a la creación y mantenimiento de plantilla.

traslativo. Un sector de la doctrina ha hablado de la presencia de una sucesión especial, en cuanto existe verdadera subrogación sin el presupuesto de la muerte física o jurídica del sujeto transmitente.

Estimamos que existe un grado de confusión conceptual en esta temática y que, en gran parte, emana de que no se ha tenido en cuenta la diferente esencia de las operaciones de fusión y escisión con respecto al resto.

El legislador se ha dejado llevar de una cierta inercia en sus construcciones. La “traslación” de créditos y débitos fiscales se autoriza en el marco del Art. 104.1 no ya sólo porque se contempla una sucesión a título universal sino porque tras los parámetros formales late la conciencia ideal de la neutralidad económica.

Desde otro plano existe un evidente paralelismo material entre las escisiones o cesiones globales de activo y pasivo y ciertas aportaciones no dinerarias de unidades económicas. En este sentido, por ejemplo, si bien en contextos puntuales, el criterio administrativo va reconociendo, lenta pero paulatinamente, la singularidad específica que reviste la aportación no dineraria de la totalidad de un patrimonio a una sociedad como contrapartida de la totalidad de su capital, dado la inalterabilidad de la unidad económica, según matizaremos, por ejemplo, al analizar las interrelaciones con el régimen de consolidación fiscal.

De este modo no puede observarse con automatismo la sucesión en las relaciones jurídico fiscales y el cumplimiento de los requisitos ceñidos a los beneficios fiscales, sino que, en su caso, puede ser preciso atender al conjunto de las sociedades partícipes o a la unidad económica que representa el grupo fiscal²⁸⁴.

²⁸⁴ En este sentido cabe citar la consulta DGT de 12-6-2003 (0787-03), la cual, en una aportación no dineraria, en relación con la posibilidad de libertad de amortización para las inversiones generadoras de empleo, concibe que una vez realizada la segregación de una rama de actividad, “deberá tenerse en cuenta la situación de las plantillas tanto de la sociedad que transmite como de la que adquiere

Evidentemente el hecho de que el Art. 104.1 LIS se refiera, para delimitar su esquema, sólo a las operaciones del Art. 97 LIS obedece simplemente a que este precepto es el que comprende aquellas operaciones que amparan una sucesión universal, junto a otras que no lo hacen. El Art.104.2 puede ser extrapolado al ámbito de las aportaciones no dinerarias reguladas en el Art.108 LIS.

Como sabemos existe la particularidad añadida, potencialmente distorsionante, de que en este marco, no se precisa que el objeto contractual componga un conjunto patrimonial.

Cabe destacar que si el sujeto aportante es una persona física (aporte o no una rama), la transmisión de obligaciones tributarias a la persona jurídica respectiva, como consecuencia de la consiguiente aportación de elementos patrimoniales afectos, apareja simultáneamente la privación a la Hacienda Pública de la garantía potencial que representaría la responsabilidad universal del patrimonio (personal y empresarial) de la persona física aportante (Art. 1911 CC).

Asimismo en esta hipótesis se articula un hilo conductor entre las esferas subjetivas de una persona física y otra jurídica. Ello conlleva que relaciones nacidas bajo el “ámbito” del IRPF puedan ultimar su ciclo bajo la regulación del IS. Por ejemplo en caso de incumplimiento de beneficios fiscales contraídos por el aportante, con la oportuna regularización ya en el seno del sujeto adquirente. Se genera una alteración inevitable de las circunstancias que rodearon la génesis de la relación respectiva.

dicha rama de actividad, durante el tiempo a que se refiere el Art. 123 LIS...si ambas entidades constituyesen un grupo en régimen de consolidación fiscal, tampoco se perdería el derecho a la libertad de amortización” en cuyo caso las exigencias del Art. 123 se observarían referidas al grupo.

1.6 La extensión de la subrogación. *Activos y pasivos fiscales.*

1.6.1 Comentarios acerca de determinados créditos tributarios.

En caso de fusión la subrogación en las deducciones en cuota pendientes de aplicar será inmediata. En el supuesto de escisión o aportación habría que determinar si el traspaso del conjunto patrimonial o rama apareja el correlativo derecho a practicar la deducción pendiente.

Por ejemplo en el caso de la deducción por actividades de investigación científica e innovación tecnológica si el conjunto de elementos afectos a tal actividad, materiales y personales, son transmitidos unitariamente entonces sería la sociedad beneficiaria la que asumiera el derecho a aplicar la deducción pendiente.

La tarea interpretativa debe desplegarse de manera integradora, de acuerdo con el eje vector de la neutralidad, y en coherencia con la naturaleza de la concreta relación jurídico tributaria.

En este sentido entre los derechos tributarios transmitidos debe subsumirse el derecho a considerar como tales los beneficios no distribuidos por la sociedad transmitente, en las mismas condiciones que si no se hubiese llevado a cabo la operación.

En esta línea, en relación con la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos y plusvalías prevista en el Art. 28.5 LIS, si la sociedad absorbente transmite participaciones, adquiridas a través del proceso de fusión, el incremento neto de beneficios no distribuidos a computar será el que se haya producido en la entidad respectiva durante el tiempo de tenencia de su

participación por las sucesivas sociedades, durante el intervalo en que las mismas mantuvieron la participación y respecto de las cuales las traslaciones han derivado de operaciones acogidas al régimen especial.

Los ajustes positivos y negativos por el IS que hubieren efectuado anteriormente las entidades intervinientes, y hubiesen determinado impuestos anticipados o diferidos, deberán generar sus consiguientes repercusiones fiscales en sede de las entidades a las que se hubiere transmitido los elementos en las mismas condiciones que hubiera resultado de no haberse consumado las operaciones.

1.6.2 . Subrogación en “*Reservas*”.

El perímetro y profundidad de la sucesión universal reviste una particular complejidad, si se extiende el análisis a la estructura financiera de las empresas²⁸⁵. Uno de los argumentos de mayor peso para sostener la posibilidad de la transferencia de reservas²⁸⁶ radica en que éstas pueden gozar de individualidad en cuanto soportes aglutinadores de un haz de relaciones jurídicas.

Esta circunstancia, de hecho, vincularía a aislar informativamente el saldo de la partida para dotarla de continuidad dentro del de neto patrimonial que fluirá al ente absorbente. No se trata estrictamente de una sucesión sino de retener a efectos informativos unas cantidades, para que la calificación tributaria ligada a ellas

²⁸⁵ La doctrina y el Derecho comparado han formulado dos respuestas básicas. Hay quienes defienden un deber de mantenimiento o petrificación de la estructura del neto. Otra corriente arguye que la sucesión sólo abarca bienes, derechos y obligaciones no a las cuentas de neto. A su vez dentro de los primeros podríamos diferenciar quienes extienden su tesis a las cifras de capital y reservas vinculadas y quienes simplemente proponen la conservación de cifras de reservas vinculadas, dada su afectación. En cualquier caso la sucesión no puede arrastrar a la cifra del capital nominal.

²⁸⁶ El Art. 5 de la Directiva 90/434 resalta que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las provisiones o reservas regularmente constituidas con exención parcial o total del impuesto por la sociedad transmitente, a excepción de las procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero, sean asumidas por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de la sociedad transmitente , en cuyo caso la sociedad beneficiaria asumirá los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente.”

ultime su ciclo vital²⁸⁷.

Podemos mencionar que el Real Decreto-Ley 7/1996 sobre medidas urgentes de carácter fiscal, previó una actualización de activos con la correlativa obligación de registrar contablemente la reserva de actualización. No obstante, en este caso concreto, la DGT²⁸⁸ estableció que, con independencia de que se realizase la transmisión de los activos, las reservas reseñadas debían permanecer inscritas inamovibles en los fondos propios de las entidades que las hubiesen dotado.

1.6.3 Subrogación en las obligaciones tributarias.

En nuestro ámbito, en principio, se admitiría la subrogación respecto de cualesquiera conceptos impositivos, abarcando, por ejemplo, las retenciones practicadas y pendientes de ingreso dado que el retenedor deviene en obligado tributario autónomo.

La dificultad en admitir la subrogación respecto de los impuestos personales deriva de que su hecho imponible no puede ser concebido sino en natural relación con determinados sujetos, influyendo singulares rasgos subjetivos sobre el estatuto jurídico aplicable. Se trata de un concepto impositivo anudado al “empresario” y no a la empresa.

En síntesis la inseparable conexión subjetiva del IS, en principio sólo sería armoniosamente franqueable (a efectos de subrogación) en la hipótesis de fusión en que junto a una sucesión a título universal existe una “superposición de las personalidades jurídicas”.

²⁸⁷ Según la consulta DGT 13-7-1989 "... la sociedad beneficiaria del patrimonio no sólo incorpora bienes, derechos y obligaciones sino que además puede incorporar cuentas del neto patrimonial en general de la sociedad escindida, siendo obligado incorporar, siempre que sea posible, las cuentas de reservas que tengan implicaciones fiscales y que estén afectas a los bienes del activo que son objeto de traspaso en el proceso de escisión".

²⁸⁸ En esta línea la consulta DGT de 20 de marzo de 2000.

En cualquier caso cabe destacar que (sin perjuicio de que en una comprobación administrativa puedan aflorar responsabilidades tributarias derivadas del IS y conectadas con la sociedad transmitida), la extinción de la sociedad absorbida provocará la conclusión de su período impositivo y el devengo del IS en su seno, en relación con las últimas rentas fiscales atribuidas.

1.6.4 Posibilidad de sucesión en las sanciones tributarias.

Una cuestión interesante es la posibilidad de sucesión en las sanciones pecuniarias en cuanto integrantes de la deuda tributaria (Art.58 LGT). La subrogación, en principio, tropieza con la operatividad del principio de la personalidad en la pena, consecuencia de la proyección de los principios penales sobre el Derecho administrativo sancionador.

En nuestro contexto el Art. 104.2 fluctúa sobre los elementos patrimoniales transferidos. Por su parte las sanciones precisan de dolo o negligencia, rasgos indisolublemente ligados al sujeto. Ahora bien una postura doctrinal afirmaba que, como en el Derecho Penal la persona jurídica no puede cometer un ilícito, carecía de sentido extrapolar el principio de personalidad en la pena.

Entendemos que el principio general debe ser la intransmisibilidad de la categoría. Por ejemplo el Art. 89.3 LGT, para el supuesto de muerte de los sujetos infractores, establece que en ningún caso serán transmisibles las sanciones. Dicho precepto contempla una sucesión a título universal, según las normas de la adquisición de la herencia, tan profunda al menos como la sucesión propia de las personas jurídicas.

Ahora bien este precepto conecta con el principio de personalidad

,fundamentalmente entrelazado con las personas físicas, y que incluso se nutre de postulados éticos. No debe resultar tan categórica la conclusión en el caso de sucesión de personas jurídicas.

Las resoluciones del TEAC han venido pronunciándose en sentido afirmativo al respecto. Concretamente la resolución de 12 de mayo de 2000 sintetiza que no se trata de exigir a una persona una sanción por una infracción cometida por otra, sino de una simple consecuencia de continuar una actividad empresarial, con la asunción de unas relaciones jurídicas, lo que origina una especie de “carga real”.

Debemos mencionar que el Art. 40.5 de la nueva LGT, Ley 58/2003, solventa esta controversia ,resaltando que las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades serán exigibles a los sucesores de las mismas, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda, en los términos reseñados en el Art. 40.

1.6.5 La sucesión respecto al IVA.

En el marco del IVA podemos observar una cierta colisión entre el mandato del Art. 104 LIS y la estructura de deducciones del IVA de naturaleza muy rígida y formalista.

De acuerdo con el Art. 97.1 LIVA “sólo podrán ejercitar el derecho a la deducción los sujetos pasivos que estén en posesión del documento justificativo de su derecho”. El Art. 99.cinco LIVA dispone que “ cuando la cuantía de las deducciones procedentes supere el importe de las cuotas devengadas en el mismo período de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores, siempre que no hubiesen transcurrido cinco años contados a partir de la presentación de la declaración-liquidación en que se origine

dicho exceso”.

No obstante el sujeto pasivo podrá optar por la devolución del saldo existente a su favor sin que en tal caso proceda la compensación en posteriores declaraciones-liquidaciones”.

Evidentemente el precepto está diseñado para que la compensación la ejercite, en futuras declaraciones-liquidaciones, el mismo sujeto que soportó y repercutió las cuotas consiguientes y presentó las oportunas declaraciones periódicas. No cabría, en principio, de acuerdo con las reglas de este impuesto, subrogación en dicha posición deudora, esto es en la compensación de los saldos.

Las trabas técnicas dimanarían de que la sociedad absorbente no es el sujeto pasivo que ha soportado dichas cuotas por repercusión directa, conforme al Art. 92.1 LIVA. El Art. 99 LIVA se refiere a las operaciones “por ellos realizadas”.

De esta manera, en principio, debería ser la entidad absorbida la que ejercitase dicho derecho, optando por la devolución del saldo existente a su favor, el cual indirectamente revertiría en la tesorería de la absorbente. Lo anterior se traduciría en la intransmisibilidad in natura de un activo integrado por un derecho de crédito.

No obstante la jurisprudencia²⁸⁹ ha estimado que no sería admisible que el sujeto pasivo compensase sus cuotas de IVA repercutido con aquellas de IVA soportado que constasen en factura emitida a nombre de sujeto distinto, pero sí podría existir sucesión una vez transmutadas dichas cuotas de Iva soportado en un crédito impositivo que se capta del activo del balance del sujeto transmitente.

La propia filosofía técnica del IVA es acorde con tal solución, puesto que este impuesto, que pretende gravar el valor añadido en cada fase de producción,

²⁸⁹ Por ejemplo sentencias del TSJ de Andalucía de 12/05/1997 y del TSJ de Cataluña de 27/10/1994 o de 12/06/1997.

adquiere coherencia a través de una relación continuada.

Cabe añadir consideraciones de justicia material que debieran inclinar a sopesar el equilibrio de imposición respecto del conjunto de sujetos.

Por lo demás el hecho de que la entidad que se extingue tuviese que solicitar la devolución del metálico correspondiente al crédito podría provocar distorsiones²⁹⁰. Esta opción podría vincular a reflejar una deuda ex novo entre la entidad transmitente y la adquirente para que en última instancia ésta aprovechase en sus arcas el líquido del crédito y otorgar una justificación a esta corriente financiera.

En esta línea numerosas resoluciones del TEAC ²⁹¹ señalaron que la subrogación en la posición jurídica de la entidad enajenante habilita a la adquirente para ejecutar el derecho a deducir, aunque lógicamente las facturas, que plasman la repercusión, hubiesen sido extendidas a nombre del transmitente (se entiende dentro del plazo de deducción de cinco años). El derecho a la deducción del IVA soportado no debía considerarse personalísimo o intransmisible.

Ya hemos expuesto la tesis que subyace tras estas argumentaciones. Mediante una interpretación espiritualista a sensu contrario del Art. 72 LGT se constata un instituto subrogatorio para justificar, mediante una imprecisa alusión a la sucesión a título universal ²⁹² o a la transmisión “en bloque”, la excepcional traslación de estos créditos. En cualquier caso la posibilidad apuntada parecía ceñirse a los casos en

²⁹⁰Zurdo Ruiz Ayucar Ignacio y Juan y Jiménez Reyna E. (“Aplicación del IVA en la transmisión del patrimonio empresarial y en los servicios de estudios en el extranjero” Impuestos, 1990, Tomo II,) interpretan que “... Cuando se produce la transmisión en bloque de patrimonios empresariales)Por qué no puede haber transmisión también de créditos del impuesto por IVA Soportado? Es decir el derecho frente a la Hacienda deudora no difiere de otros activos y debería ser transferido -tal cual- al nuevo ente que sucede al anterior en todos los derechos y obligaciones.

La Ley se ha cuidado de confirmar esta subrogación en los débitos... pero cuando se debe aplicar la misma idea a los créditos frente a ella las respuestas del centro Directivo niegan dicha transmisibilidad... resulta que el que cesa por transmitir en bloque su patrimonio debe hacer su liquidación final solicitando la devolución... si el transmitente ya no actúa como sujeto pasivo del IVA)Está legitimado para pedir la devolución si ya no es empresario? Las cuotas que se le deben devolver)Constituirían ya una renta? “

²⁹¹ Podemos citar las del 11/11/1993,1/2/1995, 2/03/1994, 15/12/1994,9/2/1995 o de 25-2-1999.

²⁹² Por ejemplo las resoluciones del TEAC 15-12-1994 y de 9-2-1995 alude a la presencia de sucesión universal en un caso en que una persona física aporta la totalidad de su patrimonio empresarial a una sociedad.

que se adquiriese la totalidad de un patrimonio empresarial preexistente.

1.6.5.1 La transmisión en bloque como “excepción al requisito de repercusión directa”.

En principio el criterio administrativo al respecto fue estrictamente formalista, afianzado a la imposibilidad de transmisión tal cual de dicho crédito²⁹³. Con posterioridad, no obstante, la DGT ha suavizado su postura ²⁹⁴ concluyendo que, con carácter excepcional, cuando la entidad que pretende ejercitar la compensación ha sucedido a título universal en los derechos y obligaciones al sujeto pasivo, cabe admitir dicha compensación como una consecuencia más de dicha sucesión manifestada.

El problema interpretativo, en nuestra opinión, reside en la imprecisión técnica en la selección de la referida terminología (“sucesión universal”) por parte del TEAC, pues si la DGT pretende plegarse a las tesis del TEAC, como declara expresamente, en diversas resoluciones del TEAC se admite la posibilidad controvertida en relación con operaciones que, desde una perspectiva técnica estricta, en ningún caso pueden encauzar una sucesión a título universal, como aportaciones no dinerarias.

En cualquier caso también cabría aceptar la solución descrita en caso de aportación de una unidad patrimonial, aunque la sociedad transmitente fuese titular de otros conjuntos patrimoniales. Lo anterior al menos en el supuesto de escisión parcial en que, al menos a nuestros efectos, debe identificarse una sucesión universal.

²⁹³ Así por ejemplo la Consulta DGT de 13/02/1997 (0274-97) o la consulta DGT de 11-11-1999 (nº 2135-99).

²⁹⁴ En este sentido la consulta DGT de 15 de marzo de 2000 (0610-00).

El problema estribaría en correlacionar el crédito con la porción empresarial transferida en coherencia con lo dispuesto por el Art. 104.2 LIS que liga los derechos y obligaciones tributarias transmisibles a los bienes y derechos.

La DGT (consulta de 29-10-2003, 1754-03) ha concebido que la posibilidad entreabierta sólo cabe en caso de que la operación encauce una sucesión a título universal, y que, además, la escisión parcial de una rama de actividad no determina una sucesión universal. Ya expresamos nuestro desacuerdo con este pronunciamiento que se contrapone a la caracterización de la escisión parcial que instaura el Art. 97 LIS.

1.7 Aspecto colaterales de la sucesión.

Nos referimos a puntos cuya problemática no se inscribe en el plano subrogatorio, pero se hallan estrechamente entrelazados a este fenómeno así como a la esencia de la traslación patrimonial.

En ocasiones habrá que profundizar más allá de la existencia de sucesión jurídica e indagar acerca de la continuidad empresarial material. En esta línea generalmente la doctrina ²⁹⁵ y el criterio administrativo han entendido que no serían aplicables, a los supuestos de fusión, aquellos beneficios fiscales que presumen la realización de una explotación nueva por entenderse que las actividades ya han sido ejercidas anteriormente bajo otra titularidad.

La conclusión (que, en principio, debiera resultar extensiva a las demás operaciones contempladas). Esta característica, además, en principio, se desentendería de la efectividad del régimen especial, dado que el legislador quiere

²⁹⁵ Así lo entiende por ejemplo Carbajo Vasco D. ("Transmisión y sucesión en la empresa. Algunas cuestiones fiscales", Crónica Tributaria, núm.70, 1994, Pág.61).

incentivar la realización efectiva de una explotación económica nueva más allá del cambio de sujeto titular.

Por otra parte, de acuerdo con abundante jurisprudencia²⁹⁶, la fusión por absorción no implica necesariamente la habilitación al Ayuntamiento respectivo para la exigencia de una nueva tasa por licencia de Apertura. Aludimos evidentemente no a un efecto de la sucesión sino al posible devengo de un tributo precisamente como consecuencia de la operación.

El mero cambio de titular no legitima comprobación específica alguna que permita devengar una tasa por licencia de apertura cuando no se ha producido alteración alguna en las condiciones objetivas del local (como acaece en los supuestos de reestructuración empresarial).

Debemos atender al hecho imponible de la tasa, tributo inspirado en el principio del beneficio. A tal efecto, con carácter general, no se habría producido actividad administrativa alguna dirigida a verificar las condiciones del establecimiento que conlleve la prestación de un servicio.

Por su parte la consulta DGT de 3-3-2003 (0316-03) concibe que en los casos de fusión por absorción, en relación con la transmisión de los vehículos que figuraban en el patrimonio de la entidad absorbida, procede la aplicabilidad de la tarifa por “cambio de titularidad de los permisos de circulación por transferencia”, puesto que sobre el nuevo titular recae una obligación administrativa de solicitar el cambio de titularidad de los consiguientes permisos de circulación y, con ello, la obligación de satisfacer la tasa. La DGT arguye que el régimen especial no contempla exención ni bonificación alguna en materia de tasas, por lo que no

²⁹⁶ Por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 17/07/1998, de 16 de Abril de 1996 y de 15 de enero de 1998.

procede invocar principio de neutralidad alguno.

En nuestra opinión el correcto entendimiento de la neutralidad y la sucesión universal acaecida, que provoca que la entidad absorbente subentre en la posición jurídica de la absorbida debieran llevar a concluir en la idoneidad de la no exigibilidad de la mencionada tasa, aun cuando el régimen no contenga disposiciones específicas al respecto.

1.7.1 Alusión al Impuesto sobre Actividades Económicas.

En el caso del Impuesto sobre Actividades Económicas nos encontraríamos con que durante el trimestre del año en que tiene lugar la operación habría dos sujetos pasivos del impuesto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2001 entiende que (en coherencia con el en su momento vigente Art.90.1 y 90.2 de la LRHL que declaraba irreducibles las cuotas del IAE salvo, cuando en los casos de declaración de alta, el día de comienzo de la actividad no coincidiese con el año natural), dado que la beneficiaria de la aportación ostenta una personalidad jurídica independiente de la aportante, parece obvio que el giro de dicho impuesto debe abarcar la totalidad del comentado ejercicio”.

Se nos antoja una interpretación que desconoce los dictámenes del principio de neutralidad que impulsa a obviar cualquier distorsión respecto de la situación tributaria que imperaría sin transmisión²⁹⁷. Además cabría interpretar que el derecho al ejercicio de la actividad económica es un componente del patrimonio afecto transferido y que la sucesión universal implicaría la natural subrogación en el referido derecho.

²⁹⁷ Así lo concibe el voto particular expresado por el magistrado Sr. Rouanet Moscardó.

De este modo podríamos concebir que como existe subrogación en el presupuesto determinante del hecho imponible y generador de la exigencia del tributo, en función de la redacción del Art. 79 LRHL, más allá de la circunstancia formal de las personalidades jurídicas diferenciadas, la subrogación debe bloquear el devengo del impuesto ²⁹⁸.

II. LA POSIBILIDAD DE SUBROGACION EN LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS CON MOTIVO DE LA CONSUMACIÓN DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL.

2.1 Planteamiento.

Una de las novedades más sobresalientes de la Ley 43/95 radicó en la viabilidad, para determinadas operaciones, del derecho de la entidad adquirente a compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas por la entidad transmitente.

Esta posibilidad anteriormente estaba vedada para evitar la comercialización de entidades que albergasen dicho crédito, singularmente atractivo desde la óptica tributaria ²⁹⁹.

De acuerdo con el Art.104.3 LIS³⁰: Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente³¹.

La ubicación normativa de esta previsión revela que nos encontramos ante una ramificación cualificada de la problemática subrogatoria, que matiza la dicción

²⁹⁸ En similar sentido, para un supuesto de fusión por absorción, se pronunció la resolución del TEAC de 19 de julio de 2000.

²⁹⁹ El Art.7º de la Ley 76/1980 impedía la sucesión en la compensación de bases imponibles negativas con motivo de la fusión.

del Art. 104.1 LIS, en cuya sede sistemática se encuadra.

Esta solución puede entenderse insertada en el vértice de dos polémicas doctrinales que giran, una de ellas, en torno a la determinación de la naturaleza de la compensación y, la otra, respecto a la transmisibilidad de las reservas en estos procesos, las cuales comentaremos brevemente.

Si nos ceñimos a la primera polémica, cabe destacar que una posición considera la compensación como un beneficio fiscal.

En el otro extremo se encuentra la postura, particularmente sostenida por los partidarios de la transferibilidad de pérdidas en los procesos de fusión y escisión total, que sostiene el carácter patrimonial de tal derecho, bajo la forma de un crédito fiscal, naturalmente transmisible, cuya exigibilidad queda condicionada a la obtención de resultados positivos en los ejercicios futuros que permitan su aplicación. Esta es la posición que adopta el vigente Plan General de Contabilidad.

Por último una tesis ecléctica mantiene la naturaleza de la compensación como medida de carácter técnico. Una excepción al principio de independencia de ejercicios, propugnada por razones de equidad.

En este sentido podemos cuestionarnos si la posibilidad brindada por Art. 104.3 estriba en una posibilidad excepcional brindada por el legislador o bien es una fluida consecuencia del proceso subrogatorio.

Para Colmenar Valdés³⁰⁰ “la falta de patrimonialidad en la compensación proviene del hecho de que, en el momento de experimentarse las pérdidas, no existe aún facultad de compensación sino que ésta se halla supeditada al presupuesto de obtención de rentas positivas. La facultad de compensar bases imponibles negativas es *res extra commercium* de carácter personalísimo e

³⁰⁰ “La compensación de bases imponibles negativas en el impuesto sobre sociedades “ Impuestos 1997 Tomo II, op.cit. Pág.98.

intransferible salvo el caso en que el propio legislador lo autorice”.

En otro extremo para Sánchez Oliván³⁰¹ la compensación no es un derecho intransferible per se, sino que debería entenderse incluido en la transmisión de derechos y obligaciones que la fusión entraña .

García Novoa³⁰² concibe la compensación como un derecho indisponible (que no es lo mismo que intransmisible o personalísimo) en cuanto no puede ser objeto de atribuciones dispositivas de carácter patrimonial. El derecho a compensar sólo debe entenderse transmisible cuando se produce una autentica sucesión, como es el caso de las fusiones y escisiones.

De hecho, como sostén de la tesis patrimonialista, debemos considerar que la presencia de este “crédito” en el activo influiría teóricamente en la relación de intercambio accionarial. Sin embargo desde el ángulo inverso, como muestra de su connotación subjetiva, cabe asimismo reconocer que el derecho queda en suspenso resultando condicionado su aplicación a la obtención de resultados positivos, circunstancia absolutamente singular del ente que generó previamente los resultados negativos.

En cualquier caso debemos concluir que la ubicación sistemática y desenvolvimiento lógico del Art. 104.3 ponen de manifiesto que se ha enmarcado esta transferencia en un entorno de cesión de créditos fiscales, ya se trate, en otro plano, de una permisividad excepcional o de una consecuencia grácil del proceso de sucesión universal.

Asimismo, atendiendo a la otra pugna doctrinal, sin perjuicio de que, obviamente, el Art. 104.3 lo que permite transferir es la base imponible negativa no una partida contable como la de “resultados negativos de ejercicios anteriores”,

³⁰¹ La fusión... “ Op. Cit. Pág.104.

³⁰² Estudios sobre... “, Op.Cit. Pág.254 y ss).

cabe destacar que Sánchez Oliván ha defendido que el principio de subrogación universal debe extenderse a la estructura financiera de las empresas y abarcar la sucesión en cuentas de reservas.

En cualquier caso Colmenar Valdés³⁰³ resume la opinión mayoritaria, resaltando que “la communis opinio entiende que la sociedad absorbente recibe bienes, derechos y obligaciones pero nunca las reservas, pues dicho efecto es justamente el fundamento de la existencia de una posible plusvalía de fusión... Menos aún cabe la transmisión de resultados negativos, que sólo constituyen una cifra negativa, la cual puede reducir el valor conjunto de los bienes y derechos transmitidos, pero que no puede nunca confundirse con uno de los elementos materiales del propio patrimonio”.

En definitiva, como corolario del análisis de las controversias referidas, la opinión generalizada pone de relieve que la sucesión a título universal no implica la natural transmisión del derecho a compensar las bases imponibles negativas nacidas en conexión con la estructura liquidatoria de la entidad transmitente. En esta línea, según matizaremos, que la cesión del derecho a la compensación sólo puede tener lugar (con carácter excepcional) bajo el imperio del régimen especial, y no en virtud de una armoniosa derivación de la sucesión a título universal.

En realidad la aceptación de esta traslación de bases imponible negativas es una medida digna de elogio. El legislador sincroniza con la funcionalidad última del diferimiento y con evidentes premisas de justicia tributaria, en cuanto permite una visión dinámica de la renta, obviando su compartimentación en períodos impositivos y, fundamentalmente, la alteración en la titularidad subjetiva.

Paralelamente el Art.104.3 LIS evita artificiosas deformaciones en los diseños

³⁰³ “La compensación de bases imponibles...” op.cit.pág.112 y 113.

jurídicos, por ejemplo para invertir los papeles preasignados por la lógica empresarial, ubicando artificiosamente como absorbente a la entidad en cuyo seno existen las bases imponibles negativas, para que mantenga su personalidad jurídica y pueda aprovecharlas sin particularidad en sus correspondientes autoliquidaciones.

En caso de que la situación financiera de la sociedad transmitente no hubiese permitido previsiblemente la generación futura de rentas positivas con que aplicar las bases imponibles negativas, la perfección de la operación acarrea una optimización de la expectativa de imposición del conjunto de las entidades partícipes. Ahora bien ello en sí mismo no trastocaría los imperativos de la neutralidad.

De otro lado el Art. 6 de la Directiva 90/434/CEE indica que “En la medida en que los miembros apliquen... disposiciones que permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal, los Estados miembros ampliarán la aplicación de dichas disposiciones a la asunción, por parte de los EP de la sociedad beneficiaria situados en su territorio, de las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal”.

Este artículo intenta equiparar la tributación de las sociedades con la de los EP, en correlación con el principio de libertad de establecimiento empresarial.

2.2 Regulación de la transferencia del derecho a la compensación de bases imponibles negativas.

La entidad adquirente podría compensar las bases imponibles negativas trasladadas con aquellas rentas positivas que genere en los períodos impositivos

siguientes a la perfección de la operación, conforme a lo establecido por el Art. 23.1 LIS.

Asimismo cabe entender que existiría una natural subrogación en el intervalo temporal que restase para practicar la compensación, cualidad que tampoco debe verse alterada por la transmisión patrimonial.

La compensación practicada por el sujeto adquirente en los sucesivos períodos impositivos tendría, evidentemente, carácter provisional, en su caso, pudiendo ser objeto de rectificación por la Administración Tributaria.

En esta línea, conforme al Art.23.5 LIS, deberán cederse a la entidad adquirente los libros contables y demás soportes documentales auxiliares para acreditar la procedencia y cuantía de las pérdidas que habilitan el derecho a la compensación.

2.2.1 Adquirente no tiene participación en la transmitente.

El Art.104.3 LIS no establece limitación expresa alguna para que la sociedad adquirente pueda compensar las bases imponibles negativas *cedidas*.

No obstante cabría interpretar que si, en sede de la entidad transmitente, se constatan las circunstancias del Art.23 LIS, podrían ser compensadas por la entidad adquirente tales bases imponibles negativas, pero una vez minoradas las mismas en el importe que resulte de aplicar lo previsto por dicho artículo.

En esta línea López Santacruz³⁰⁴ concibe que” caso de que la entidad transmitente hubiere estado inactiva en los seis meses anteriores a la fusión y,

³⁰⁴ “Guía del... , Op.Cit. Pág.429 y 809 y 810.y Operaciones de...” Op.Cit. Pág.324.

además, esa entidad tenga bases imponibles negativas pendientes de compensar correspondientes a pérdidas contables que reducen el patrimonio neto de la misma por debajo de las aportaciones que realizaron los socios, dado que por la operación de fusión se producen los mismos efectos que los establecidos en el artículo 23 de la LIS, es por ello que, de la misma manera, se aplicable a esta operación la limitación a la compensación de esas bases negativas en los mismos términos que dispone el referido artículo 23 de la LIS, aun cuando las entidades partícipes fueran completamente independientes entre sí”.

Sin embargo Colmenar Valdés³⁰⁵ entiende que el Art. 104.3 es un precepto autónomo de la regla genérica del Art. 23 LIS, pues se imbrica en la estructura de la obligación tributaria de la sociedad adquirente despegándose de la del sujeto en cuyo seno nació el “derecho”, con lo que cubre un supuesto material mucho más específico.

La DGT se ha pronunciado en el sentido de que debe acudir a la regla del Art. 23, para delimitar las bases imponibles negativas compensables, si se revelan las circunstancias expresadas en dicho artículo, al existir un campo compartido con el Art. 104.3 LIS.

Así pues, de acuerdo con el criterio administrativo preponderante, serían aplicables también, en su caso, las restricciones del Art. 23 LIS, dado que, con motivo de la fusión, pueden manifestarse las circunstancias establecidas en dicho artículo. Esta solución incorpora un freno relativo a la comercialización de

³⁰⁵ “La compensación de bases...” Impuestos, 1997, Tomo II, Pág.116.

Concretamente pone de manifiesto que “Algún autor entiende que puesto que también en las fusiones o escisiones totales tiene lugar una adquisición que se corresponde con el traspaso en bloque del patrimonio de las sociedades que se extinguen en estos procesos-, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 104 debe también acudir, por añadidura, a aplicación de la regla general del artículo 23 de la Ley si concurren las circunstancias expresadas en dicho precepto. No encontramos razón para dicha aplicación, pues hay que insistir otra vez en que –en la hipótesis del artículo 23- es la propia sociedad adquirida la que procede a la compensación de sus bases negativas, aunque con aplicación del posible límite que el precepto prevé, lo que no sucede en el supuesto de hecho de la absorción...de una sociedad participada en que la facultad se reconoce a una entidad distinta”.

sociedades inactivas, cuyo principal activo sea tal “crédito” impositivo.

De esta forma se interpreta que cuando, por una parte, la sociedad transmitente no hubiera realizado explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la realización de la operación, y, por otra, se cumplan, a nivel de los socios de la entidad adquirente, las condiciones del artículo 23.2 LIS, entonces, a través de la operación, se manifiestan las circunstancias a las que se refiere el Art. 23 LIS, a efectos de la reducción del importe de las bases imponibles negativas compensables por la entidad adquirente tras la operación y provenientes de la entidad transmitente³⁰⁶.

En el caso de que la sociedad transmitente no se hallase inactiva pero las pérdidas acaecidas en ella hubiesen depreciado la participación que sus socios ostentan en el capital cabría, sin la particularidad destacada, la transmisión del derecho a la compensación. A pesar de que las entidades socias hubiesen deducido la oportuna provisión, la recuperación consiguiente de valor de la participación en el seno de la entidad adquirente conllevaría la consiguiente integración en base imponible del ingreso, de acuerdo con el Art. 19.6 LIS.

2.2.2 Adquirente tiene participación en la transmitente.

El recelo ante la posibilidad de que la subrogación se aprovechase con objetivos elusivos, favoreciendo la comercialización de entidades, ha llevado a insertar unos determinados requisitos de índole técnico.

De acuerdo con el Art.104.3 LIS: "en el supuesto de que la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente, la base imponible negativa susceptible de

³⁰⁶ Así lo indican por ejemplo las consultas de la DGT de 13 de junio de 1997 (nº 1208-97), de 20 de julio de 1999 (nº 1288-99)

compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a dicha participación y su valor contable”.

La funcionalidad del precepto radica en inhibir la posible doble aplicación fiscal de una misma pérdida, lo cual permitiría instrumentalizar la operación, precisamente, para optimizar la situación tributaria preexistente de las sociedades partícipes, quebrantando los requerimientos inherentes a la neutralidad.

En síntesis la norma se halla eminentemente diseñada para evitar que una pérdida contable, que habría redundado ya en gasto fiscal, se registre por duplicado. Es decir a través de su aprovechamiento ordinario como gasto fiscal (normalmente vía provisión) y su añadida aplicación mediante su incidencia en la base imponible negativa compensable trasladable. No serán, por tanto, compensables las pérdidas provocadas por la correspondiente dotación a la provisión por depreciación de valores, en el supuesto de que la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente.

El valor contable de la participación se obtendrá del balance de la adquirente, que poseía en su activo los títulos. Si el valor teórico contable de las participaciones es inferior a la parte proporcional del valor de las aportaciones efectuadas por los socios a la sociedad, será porque las pérdidas contables de la compañía participada ahora absorbida redujeron hasta ese umbral el patrimonio neto. Por tanto la absorbente, en su condición de socia, habrá traducido fiscalmente como gasto, a través de la dotación de la oportuna corrección valorativa, la depreciación del título.

De otro lado si el referido exceso no se hubiese aprovechado por la adquirente vía provisión, desde un enfoque de equilibrio impositivo global, dicho importe

habría incidido en pérdida fiscal en sede de los anteriores socios que transmitieron la participación a la absorbente.

De acuerdo, por ejemplo, con la consulta DGT de 13 de junio de 1997, deberá diferenciarse, dentro de la parte de base imponible negativa pendiente de compensar en la entidad transmitente, aquella generada con anterioridad a la adquisición de la participación por la luego absorbente.

Es decir la compensación de dicha franja es la que estaría sujeta a limitación, cuando el valor contable de la participación adquirida resultase inferior a las aportaciones realizadas por los socios por cualquier título. Tales bases imponibles negativas ya habrían sido objeto de deducción ya sea mediante el mecanismo de la provisión o bien a través de la pérdida exteriorizada con motivo de la transmisión de la participación³⁰⁷.

Por su parte las bases imponibles negativas generadas tras la adquisición de la participación, las cuales hayan dado lugar a una depreciación de la participación, no podrían ser compensadas por la entidad adquirente, dado que dichas pérdidas ya habrían sido computadas en su base imponible, antes de la operación, mediante la dotación de la oportuna provisión.

Según la DGT³⁰⁸, atendiendo a una interpretación finalista de la norma, serían compensables en la entidad adquirente partícipe en el capital de las transmitentes, las bases imponibles negativas de estas últimas que sean identificables con pérdidas de las mismas que no se hayan manifestado vía provisión en la entidad adquirente³⁰⁹.

³⁰⁷ Así lo señala Serrano A. ("Restricciones para la compensación de bases imponible negativas en las operaciones de reestructuración empresarial (Art. 104.3 de la Ley 43/1995)) Pág. 18 y 19 (Fiscal Mes a Mes, Francis Lefebvre, nº 85, junio 2003).

³⁰⁸ En este sentido se manifiesta la consulta DGT de 13 de abril de 1998.

³⁰⁹ Lo anterior siempre, según el criterio administrativo, que tales pérdidas no estuvieran ya descontadas en el momento de la toma de la participación en el caso de que el precio de adquisición de la misma resultare inferior a su valor teórico. Cabe poner de relieve la dificultad práctica en determinar tales circunstancias.

El Art. 104.3 fija como punto de referencia el valor contable de los títulos, a comparar con el valor de las aportaciones de los socios, para el cómputo de la franja que minorará la base negativa compensable,

La calificación de las aportaciones de los socios, presuponiendo su correcto registro contable, conforme a su naturaleza jurídica y económica, se deducirá de los libros contables y de las cuentas anuales. A tal efecto habría que analizar las aportaciones de los socios, ya sean dinerarias o en especie, con carácter no reintegrable³¹⁰, a la sociedad, que tengan para ésta la condición de fondos propios. Sólo se computarían las aportaciones efectuadas que se correspondiesen con aquellas acciones o participaciones que se hallasen en posesión de la entidad adquirente en el momento de la fusión.

Debe hacerse abstracción del título de que deriven las aportaciones (o sea desembolsos de capital, prima de emisión o aportaciones de socios para compensar pérdidas). No obstante no debe tratarse de autofinanciación (derivada de beneficios retenidos) ni por supuesto de financiación ajena.

Así pues se determinarían las aportaciones atribuibles a las participaciones transmitidas, computándose para ello todas aquellas efectuadas, desde la constitución de la sociedad, por los anteriores socios titulares de dicha participación, incluidas las aportaciones realizadas por aquellos socios a los que la absorbente adquirió la participación.

En definitiva al importe de dichas aportaciones se restaría el valor contable de

³¹⁰ Como, por ejemplo, pone de relieve la consulta DGT de 2 de octubre de 2000 (nº 1677-00) no cabría considerar a tal efecto los movimientos de fondos reflejados en las partidas contables recogidas en la cuenta 553, siempre que de las condiciones pactadas se desprenda el carácter reintegrable de las cantidades recibidas por la sociedad.

las participaciones, el cual vendría dado por la diferencia entre el precio de adquisición y las correcciones de valor deducibles. Aparentemente la LIS quiere referirse, en este punto, al valor por el que figure contabilizada la participación. Sin embargo las correcciones de valor a restar serían las fiscalmente deducibles, dada la filosofía latente de equilibrio impositivo.

Así pues el concepto será el mercantil-contable. Se computarán todos aquellos gastos inherentes a la adquisición³¹¹ que, de acuerdo con las normas contables de valoración, y, en particular, el Plan General de Contabilidad, deban nutrir el mismo.

En el supuesto de que la diferencia, entre las magnitudes señaladas, arroja un resultado positivo, deberá minorarse en ese importe la base imponible negativa susceptible de compensación, una vez efectuada la operación societaria.

En la hipótesis inversa a la tipificada por el Art. 104.3, o sea que la transmitente tuviese participación en el capital social de la adquirente, las pérdidas encadenadas a la provisión por depreciación de valores mobiliarios dotada por la absorbida a causa de pérdidas en que hubiese incurrido la absorbente participada, provocan (según la DGT³¹²) que la absorbente sólo podrá compensar en un futuro las pérdidas que no hubiesen sido aprovechadas por la absorbida, a través de la referida dotación a provisión.

Este criterio parece coherente con el equilibrio impositivo perseguido y parece deducirse, implícitamente, del eje del equilibrio impositivo.

³¹¹ Así lo destaca la consulta DGT de 13 de enero de 1997 (1208-97).

³¹² Consultas de la DGT de 8-11-1993 y de 15-11-1995.

2.2.3 Sociedad adquirente y transmitente forman parte de un mismo grupo de sociedades de conformidad con el Art. 42 del Comercio.

El Art. 104.3 LIS (una vez modificado por el Art. 4 de la Ley 66/1997 de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) indica que “En ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan motivado la depreciación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente, o la depreciación de la participación de otra entidad en esta última, cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el Art. 42 del Código de Comercio”.

De esta manera no resultarán compensables las bases negativas que se correspondan con pérdidas experimentadas por la sociedad transmitente que determinen no ya sólo la depreciación de la adquirente en el capital de la transmitente, sino incluso redunden en la depreciación de la participación de otra entidad del grupo sobre la repetida transmitente.

Esta previsión se desentiende de que el grupo de sociedades esté o no obligado a formular, con arreglo a la norma mercantil, las cuentas anuales consolidadas. La remisión pretende, simplemente, atraer al ámbito fiscal las reglas de formación del grupo contenidas en el mismo³¹³.

El objetivo estriba en cercenar posibles planificaciones elusivas, efectivas en el conjunto del grupo, a través del vaso comunicante que puede representar la dotación a provisión por depreciación de la cartera de valores. En definitiva cabe reiterar que el objeto del precepto es impedir que una misma pérdida sea fiscalmente aplicada por duplicado. Por consiguiente ya cabía deducir esta conclusión de una interpretación finalista del precepto, aun sin operar esta

³¹³ En este sentido se pronuncian las consultas DGT de 30-9-1999 (1709-99) y de 22-10-2003 (1695-03).

modificación³¹⁴ .

A su vez, en coherencia con el esquema apuntado, si la sociedad adquirente genera rentas positivas y aplica las correspondientes bases imponibles negativas, la hipotética recuperación de valor de la participación, comunicada paralelamente a aquella sociedad que experimentó la depreciación, no debiera integrarse en base imponible, inhibiéndose pues el Art. 19.6 LIS.

2.3 Proyección del artículo 104.3 LIS sobre las operaciones englobadas en el perímetro del régimen especial.

Debemos partir de la nota de excepcionalidad que preside la medida. La extinción de la personalidad jurídica de la entidad cedente y la simultánea constatación de sucesión universal son los presupuestos básicos que pueden legitimar la traslación. Por tanto, a pesar de que no se especifique, la posibilidad debe circunscribirse al ámbito de la fusión y la escisión total.

En otro caso sería la propia entidad transmitente la que conservaría el derecho de compensación, ligada inseparablemente a su estructura liquidatoria, en los términos que se deducen del artículo 23 LIS, dado que la subrogación no deriva del mandato del Art. 104.1 o 104.2 LIS. Es decir el Art. 104.3 no representa, en absoluto, una mera puntualización del Art. 104.1 sino que, como reseñamos, incorpora una sustantiva novedad, que, en ningún caso, cabía deducir de la redacción del Art. 104.1.

En cualquier caso, de conformidad con los artículos 6 y 10 de la Directiva 90/434, en el supuesto de aportación de un EP situado en España, de una entidad

³¹⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 66/1997 destacó que con la modificación se pretendía precisar cuestiones de la norma en vigor.

residente en un Estado miembro de la Unión Europea, siempre que se trate de una operación realizada en el ámbito de la Directiva, resultaría de aplicación lo previsto en el Art. 104.3 LIS³¹⁵. En este supuesto serían de aplicación las limitaciones a la compensación que prevé el Art. 104.3 LIS.

Debemos reiterar que, al menos desde la perspectiva tributaria, la asimilación practicada por el Art.97.1.c) LIS, calificando implícitamente a la cesión global del activo y pasivo a favor del socio único como “fusión fiscal”, debe arrastrar todo el estatuto jurídico asociado al diferimiento impositivo, incluyendo la posibilidad de que la entidad adquirente se subrogue en las correspondientes bases imponibles negativas, corroborándose la necesidad de extinción de la sociedad cedente.

Por lo demás, entretanto no se cumplimente el presupuesto de la extinción de la entidad transmitente, ésta proseguirá como sujeto pasivo del IS y podría, en su caso, compensar las citadas bases imponibles negativas en un futuro.

En la operación de escisión total resulta posible la traslación de bases negativas (de hecho el Art. 104.3 utiliza en plural el término “bases”). Existe el problema añadido de que la base imponible negativa unitaria debiera ser fraccionada entre las entidades beneficiarias. Esta excepcional división requeriría un pausado estudio que brindase parámetros racionales para la atribución cuantitativa. A tal efecto el Art. 104.1, potencialmente supletorio, no parece proporcionar criterio objetivo alguno. Esta imputación siempre se hallará condicionada a la supervisión de su racionalidad.

Como la escisión total conllevaría generalmente la transferencia de unidades de negocio, y éstas gozarían de relativa autonomía contable, habitualmente no sería

³¹⁵ En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las consultas de la DGT de 4 de octubre de 2000, 23 de mayo de 2000 (nº 1178-00), 3 de mayo de 2000 (1053-00), 23 de marzo de 2000 (nº 0680-00).

problemático formular un criterio de imputación racional, tanto más equitativo y certero cuanto más interrelacionase la contribución de cada explotación o unidad de negocio a la cristalización de las bases imponibles negativas, ya que las mismas adicionalmente, son significativas en la valoración de los bienes y derechos atribuidos a cada una de las beneficiarias³¹⁶. De esta forma relativamente se profundizaría en la raíz de la génesis de dicha base, dotando de cierto matiz de *subjetividad* a estos efectos a las unidades económicas.

2.4 Sucesión y funcionalidad del régimen especial.

Entretanto la operación de fusión o escisión total no surtiese eficacia jurídica frente a terceros no se generarían los consiguientes efectos subrogatorios. Paralelamente, sólo en ese momento, se transferirán las bases imponibles negativas pendientes de compensar, como una manifestación *sui generis* del fenómeno de la sucesión.

En este contexto evidentemente no puede operar el criterio de imputación de rentas previsto en el Art. 105 LIS, dado que el mismo alude a "rentas" y, en este caso, nos encontramos ante bases imponibles ya sedimentadas, aunque ello sea, obviamente, a través del influjo de las correspondientes, rentas de uno u otro signo.

En principio, como anticipamos, la transferibilidad se circunscribe a las fusiones y escisiones totales sometidas al régimen especial, lo que supone un jugoso incentivo incorporado al mismo³¹⁷. Ello confirma que no nos encontramos ante un

³¹⁶ Este es el criterio de la consulta DGT de 10 de Abril de 2000 (cv nº 0045-00).

³¹⁷ Resulta curioso poner de relieve que, en su momento, era la Ley 76/1980 la que vedaba la posibilidad de transferir bases negativas. Como la Ley del Impuesto sobre Sociedades guardaba silencio al respecto, había autores que interpretaban que en una fusión no protegida sí cabía dicha transferencia.

supuesto armonioso de cesión de un crédito. En ausencia del régimen especial, simplemente, se aplicaría el régimen general de compensación de bases imponibles negativas (Art.23 LIS).

En cualquier caso la cuestión puede arrojar ciertas dudas, dada la inseguridad en torno a si la sucesión universal acaecida arrastra per se la transferencia del derecho a la compensación.

Sánchez Oliván³¹⁸ pone de relieve que si no hubiese precepto que autorizase la transmisión del derecho ni tampoco otro que lo prohibiera expresamente, podría defenderse que el efecto magnético de la sucesión a título universal resulta extensivo a este punto. Según este autor cabría la transmisión.

No obstante, en coherencia con la polémica doctrinal ya enunciada, el sector doctrinal mayoritario considera esta transferencia como una licencia normativa excepcional, que no emana fluidamente del mecanismo subrogatorio concatenado.

Asimismo el criterio administrativo³¹⁹ concluye que, en caso de inoperancia del régimen especial, jugaría el régimen general de compensación de bases imponibles negativas del Art. 23 LIS, de acuerdo con el cual las bases imponibles negativas sólo podrían ser compensadas en aquella entidad que las generó.

De otro lado cabe destacar la ausencia de previsiones en el supuesto de que la sociedad adquirente tributase a un tipo impositivo diferente al de la absorbida, con la consiguiente posibilidad de que las bases compensables redunden en la cristalización de cuota tributaria de forma distinta a como se preveía de acuerdo con las circunstancias que rodearon su primitivo nacimiento.

Así Sánchez Ramos . (Impuestos 1986, Tomo II, Pág.597 “Consideraciones fiscales...” op.cit.).

³¹⁸ La fusión y la escisión..., Op.Cit. Pág.458.

³¹⁹ Así se pronuncia la consulta DGT de 16 de enero de 1997.

Por ejemplo en el supuesto de que una entidad cooperativa absorbiese a una sociedad anónima. Ahora bien, en este supuesto, cabe entender, en virtud de un principio de coherencia técnica, que la compensación se efectuaría respectivamente con la base imponible cooperativa o extracooperativa en función de la afectación de los elementos patrimoniales adquiridos a uno u otro tipo de actividades³²⁰.

2.5 Breve mención al Art.23.3 LIS.

De acuerdo con el Art. 23.3 LIS: “las entidades de nueva creación podrán computar el plazo de compensación a que se refiere el apartado 1 a partir del primer período impositivo cuya renta sea positiva”.

En la hipótesis de que las operaciones de reestructuración culminasen en la constitución de una nueva entidad las bases imponibles negativas que generase a continuación ésta con carácter ordinario gozarían, en principio, de dicho privilegio.

Sin embargo el fundamento de la medida radica en tutelar a empresas que inician su andadura en el mercado, circunstancia que provoca a menudo cuantiosas pérdidas durante los primeros ejercicios. En este sentido puede interpretarse que no basta con que la sociedad sea de nueva constitución, sino que la actividad desarrollada por la sociedad debe ser nueva, sin aceptarse la simple modificación de la titularidad jurídica de la actividad.

Por otra parte el proceso de fusión, en sí mismo, obligará a un acoplamiento de las actividades empresariales, con los consiguientes gastos dirigidos a la sincronización de los estamentos productivos. De acuerdo con el tenor literal del artículo, y en coherencia con la tendencia internacional constatada a la flexibilización de las barreras temporales a tal efecto, debiera atenderse a las

³²⁰ Así lo entiende la consulta DGT de 17 de noviembre de 1997 (nº 2375-97). Por su parte la consulta DGT de 25-11-1997 (nº 2472-97) admite pacíficamente la aplicabilidad del Art.104.3 LIS en un supuesto en que una sociedad mercantil sometida al régimen general del impuesto absorbe a una sociedad de inversión mobiliaria que tributa al tipo del 1 por 100.

circunstancias concurrentes en cada hipótesis.

No obstante con carácter genérico, el hecho de que se consume una fusión jurídica no debe conllevar en sí mismo, como consecuencia anudada, la aplicación de aquellos beneficios o ventajas fiscales derivados de la existencia de una explotación nueva.

Por lo demás la LIS no aclara que cabe entender por *entidades de nueva creación*, concepto que puede contemplarse desde una óptica jurídica-formalista o más amplia³²¹.

De seguir el criterio estricto la norma podría favorecer, en este punto y en contradicción con otras previsiones, la fusión por constitución sobre la absorción³²².

III. LA IMPUTACION DE RENTAS. PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL DESARROLLO DILATADO DE LAS OPERACIONES DE FUSION Y ESCISION.

Abordaremos el problema de la imputación de las rentas fiscales generadas por la sociedad que va a extinguirse jurídicamente, desde que se inicia el proceso hasta que culmina con la referida extinción. La prolija problemática tributaria subyacente deriva, particularmente, de la divergencia entre la fecha de efectividad

³²¹ García Novoa C.(Estudios sobre..., Op.Cit. Pág.261 y 262) se decanta porque “A la constitución hay que equiparar el funcionamiento de nuevas sociedades que sea consecuencia de la fusión, escisión, o transformación de otras preexistentes, incluso el cambio de denominación social si conlleva una nueva actividad. Y ello porque, creemos que no basta con que nos hallemos ante una actividad de nueva creación, sino que la misma debe, además, desarrollar una actividad que sea también nueva...”.

³²² La DGT (consulta de 30-9-1999, cv nº 1749-99) interpreta que (a efectos del Art.23.3 LIS) “son entidades de nueva creación las entidades de nueva constitución, entendiéndose por la misma cuando una entidad nace por primera vez al mundo mercantil mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución”.

jurídica de la operación y la fecha de efectividad contable.

3.1 Evolución normativa.

El esquema, previsto en la derogada Ley 76/1980, adolecía de un manifiesto confucionismo en el tratamiento de la problemática dimanante del lapso temporal en que estos negocios dilatan su consumación jurídica.

Un problema latente consistía en el pronunciamiento fiscal acerca de las consecuencias de la retroactividad contable, esto es de la asunción de aquella fecha, a partir de la cual, las rentas devengadas por la entidad absorbida, aun no extinguida, debían entenderse imputables a la absorbente.

El Art.12.3 de la Ley 29/1991 desconocía explícitamente la fecha de retroacción contable (dicho acuerdo no resultaba vinculante frente a la Hacienda Pública como tercero). La consecuencia era que las rentas fiscales se imputaban al respectivo sujeto de derecho que operase en el tráfico mercantil, lógicamente, hasta el instante de su extinción jurídica.

A su vez el referido Art. 12 de la Ley 29/1991 indicaba que las entidades que se fueran a extinguir, a causa de las operaciones, concluirían el período impositivo el día anterior a aquel en que se otorgasen las correspondientes escrituras públicas de fusión y escisión. Además como problema añadido el Art. 12.dos establecía la conclusión del período impositivo cuando se liquidase la cuenta de resultados.

Las rentas contables se imputaban ya a la sociedad adquirente, tras la fecha de retroacción, pero fiscalmente no cabía la imputación entretanto las entidades conservasen su personalidad jurídica. Esta situación provocaba una falta de imbricación entre el ámbito contable y mercantil, por una parte, y el tributario por

otro. Se ocasionaba una grieta manifiesta para la proyección de problemas, más o menos acuciantes, derivados de semejante descoordinación.

3.2 Introducción. Descoordinación entre la fecha de efectividad jurídica y económica de las operaciones. Problemática tributaria derivada.

El Art.235.d LSA aborda el problema de imputación, en un intervalo muy determinado, de las rentas generadas por la sociedad que va a ser absorbida, cuestión estrechamente interrelacionada con la discordancia entre las fechas de efectividad económica y jurídica de la fusión.

En este sentido una cuestión ineludible, a fijar en el proceso, es la fecha en que las rentas contables todavía devengadas por el sujeto de derecho que va a extinguirse, como consecuencia de la operación, van a ser asumidas contablemente por la sociedad adquirente. Se trata de un broche imprescindible que, indirectamente, enlaza con temas como la determinación del tipo de canje, en definitiva, teóricamente graduada por el patrimonio sedimentado, gracias también a dichas rentas.

El Art.17 de la 3ª Directiva Comunitaria indica que “Las legislaciones de los Estados miembros determinarán la fecha en la que surtirá efectos la fusión”. Nuestro ordenamiento soluciona el problema de indeterminación, ante la secuencia de actos subordinados a otros y a un fin común, fijando como referente la fecha de inscripción de la correspondiente escritura pública en el Registro Mercantil.

Paralelamente existen tres fechas determinantes, investidas de diferente relevancia jurídico-económica. La primera sería la fecha de efectividad jurídica. La segunda aquella a partir de la cual las acciones entregadas por la absorbente dan derecho a la participación en beneficios. Finalmente la tercera sería la fecha de

efectividad contable, que cobra especial notoriedad, desde la óptica tributaria, con motivo de la natural interrelación entre resultado contable y base imponible.

En este contexto debe clarificarse la atribución subjetiva de aquellas rentas fiscales devengadas entre la fecha de retroacción contable y la de inscripción registral de la escritura. La solución arbitrada por el Art. 105 LIS no puede ser, aparentemente, más sencilla: “las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 97 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles”.

El artículo conecta, en un plano de inmediatez, con el Art. 235-d TRLSA, el cual debe complementar su intelección. Según este precepto el proyecto de fusión deberá transcribir “la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio”.

Nos interesa destacar que este criterio prevalece porque así lo especifica expresamente el Art. 105 LIS. En ningún caso jugaría el mismo por aplicación supletoria de la norma mercantil, ante el silencio de la ley fiscal. De hecho las coordinadas fiscales ordinarias, como indicaremos, vedarían radicalmente esta solución.

El legislador consigna pues la aceptación, a efectos tributarios, del pacto de retroactividad contable. Este planteamiento supone acoger un parámetro que gozaría, sin esta previsión, de eficacia exclusivamente interna. Entendemos que se trata de una solución básicamente elogiada que simplifica la calificación y se ajusta al principio de neutralidad, sin perjuicio de la inevitable y sustanciosa problemática que acarreará.

La indicación del Art. 235.d) LSA sólo conecta con la información contable

(“... a efectos contables), sin expresar la fecha material de inicio de las operaciones. Sin embargo usualmente, en dicho momento, se originaría la “fusión económica”. Cabría apreciar una conjunción económico-patrimonial pendiente de plena convalidación jurídica³²³.

Asimismo resultan armonizados los linderos comprensivos del resultado contable y la base imponible, magnitudes que evidentemente cobran sentido al definirse en torno a paréntesis cronológicos.

Entretanto no se consume la disolución y consiguiente extinción jurídica la sociedad en cuestión continuará siendo sujeto pasivo del IS, concluyendo normalmente sus períodos impositivos. A su vez la fecha de retrodatación sólo podría retroceder, como máximo, hasta la fecha de inicio del último ejercicio de las entidades transmitentes, por motivos de coherencia técnica.

Podríamos plantearnos el hipotético problema de que, al hacer bascular la imputación de rentas sobre un dato que se ofrecerá con carácter previo a la inscripción registral, si después no se produce este presupuesto de carácter constitutivo, quedaría sin efecto la solución con las consiguientes distorsiones planteadas y la necesidad de regularización fiscal. La falta de consumación de la perfección jurídica del proceso conllevaría la invalidez del criterio tributario de imputación de rentas, las cuales se apegarían, sin especialidad, al sujeto de derecho que las devengase.

Sin embargo el problema de pendencia es fundamentalmente teórico porque la producción de la fusión “económica” difícilmente permitirá una “vuelta atrás”. Por lo demás el margen temporal será escaso dado que tras la aprobación del

³²³ La doctrina se ha referido a la suscripción del proyecto de fusión, equiparándolo a un negocio jurídico de fusión sometido a un *conditio iuris*, consistente en la ratificación de las juntas generales de las sociedades intervinientes.

proyecto existirá un plazo de seis meses hasta la aprobación definitiva (Art. 234.3 LSA). Asimismo serán de escasa incidencia las operaciones comerciales realizables ya que la norma mercantil vincula a los administradores a no alterar el tipo de canje, sobre el cual incidirían las rentas devengadas.

En cualquier caso normalmente se hará coincidir la fecha de retroacción contable con la del balance de fusión³²⁴ (a la vez habitualmente coincidirán ambas con la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales). Precisamente la prima de fusión afloraría en el balance cerrado tras la fecha de retroactividad contable.

En realidad los resultados, generados en el intervalo temporal que abarca la dilatación del proceso, no gozan de un tratamiento jurídico serio. La norma mercantil no regula, de forma sistemática, su influencia sobre el neto patrimonial, las ponderaciones prefijadas en el tipo de canje, la prima de fusión etc.

Simplemente se confía en su escasa entidad, y se trazan unos límites toscos en aras de que no se alteren las bases esenciales sobre las que se han asentado las mediciones patrimoniales. La calificación fiscal hará suyos diversos problemas de interpretación derivados del vacío legal.

En principio el Art. 105 respeta el principio de la indisponibilidad de la posición jurídica-subjetiva. No se transfieren conceptos impositivos, sino se imputan rentas fiscales que, en otro orden, contribuirán a cuajar una u otra base imponible del IS.

No resulta muy certero técnicamente el tenor literal del Art.105 cuando alude

³²⁴ Desde una óptica ideal si el balance de fusión ilumina acerca de la generación del tipo de canje, entonces debiera existir sintonía entre su elaboración y el trasvase de rentas fiscales a la entidad adquirente, dado que las rentas económicas influyen en la sedimentación de las partidas del balance. No obstante no es obligatorio que el tipo de canje se determine en atención a la situación patrimonial de la fecha de cierre del balance de fusión, precisamente por la problemática de indefinición funcional que suscita este documento.

a “las entidades extinguidas”. El problema de imputación se plantea precisamente porque estas entidades no se hallan todavía extinguidas en el instante de generación de las rentas, en cuyo instante son todavía sujetos pasivos del IS a todos los efectos. Se desprende que la intención del legislador no es sino concatenar tácitamente la eficacia del núcleo del precepto al buen fin de la operación.

Hemos resaltado que el Art.105 LIS reconduce naturalmente al Art. 235.d LSA, el cual incorpora la expresión: “... *por cuenta de* la sociedad a la que traspasan su patrimonio”. Se pone de relieve que dicho enlace depende inexcusablemente de la consumación de la transmisión jurídica. La inscripción registral opera a posteriori, como confirmatoria, pero la validez de la imputación se retrotrae a la fecha seleccionada conforme a la LSA.

En cualquier caso está claro que la inscripción no puede relegarse indefinidamente sin que ello surta los consiguientes efectos y desbarate los efectos primarios dimanantes del Art.105 LIS, los cuales estaban confiados al buen fin de la perfección de la operación conforme a derecho³²⁵.

En nuestro ordenamiento no se diferencia el instante de efectividad jurídica en función de que se trate de una fusión por absorción o constitución de nueva sociedad, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés³²⁶.

³²⁵ López Santacruz (Operaciones..., Op.Cit. Pág.336.) interpreta que si la inscripción de la escritura de fusión se lleva a cabo después de concluir el plazo legal para presentar la declaración correspondiente al período impositivo en el que, por la retroacción contable, las operaciones realizadas por la entidad absorbida se consideraron efectuadas por cuenta de la absorbente, la retroacción fiscal no tendría efectos, puesto que la operación no surtiría efectos frente a terceros, y entrarían en juego los esquemas genéricos, con la consiguiente imputación de todas las rentas a la sociedad “absorbida”.

En cualquier caso el autor concibe que una vez producida la efectiva inscripción “... toma efectos la retroacción fiscal, para lo cual debería realizarse la correspondiente regularización de las declaraciones presentadas por ambas sociedades para que la renta de aquellas operaciones se impute a la sociedad absorbente”.

³²⁶ En el ordenamiento francés en caso de fusión por creación de una o más sociedades nuevas la efectividad quedará determinada por la fecha de inscripción. De manera más flexible en los restantes casos se deja un margen condicionado a la discrecionalidad. La fecha sería la de la última asamblea general que haya aprobado la operación, pero el contrato puede prever, condicionadamente, que la operación surta efectos en otra fecha.

Por su parte en el Derecho italiano se resalta que la fusión producirá efectos cuando tenga lugar la última inscripción en el registro de empresas. En la fusión por absorción podría señalarse una fecha posterior. Asimismo podría estipularse una fecha anterior tanto para la participación de las acciones en los resultados como para la imputación de las operaciones de las sociedades participantes en la fusión al

De otro lado la retroacción contable será previa a la inscripción registral de la escritura que otorgue personalidad jurídica a la nueva sociedad. Así pues, en el caso de fusión por constitución de nueva sociedad, las rentas fiscales, teóricamente, pueden ser imputadas a un ente que todavía no ha nacido para el derecho, ni tiene la condición de sujeto pasivo del IS.

El esquema del Art. 105 descansa en la confianza en la lógica evolutiva de la estructura negocial. Se trata de una solución inevitablemente imperfecta.

En el marco jurídico-mercantil la fecha material de inicio de operaciones puede ser anterior a la de la inscripción registral pero no al otorgamiento de escritura en el contexto del negocio fundacional³²⁷. La fecha de retroacción contable, para las operaciones de fusión por constitución, en todo caso, vendría limitada por las acotaciones jurídico mercantiles, no ya sólo en virtud de la lógica técnica sino porque el Art. 105 se pliega expresamente a las mismas.

Asimismo podría ocurrir que la constitución de la nueva entidad tenga lugar en el ejercicio siguiente a aquél en el cual las partes fijaron la fecha de retroacción.

En nuestra opinión si las rentas respectivas fuesen, en principio, imputables a la sociedad adquirente de nueva constitución pero, a la finalización del período impositivo, ésta aun no ha nacido jurídicamente surge un problema manifiesto, en el sentido de que difícilmente cabría imputar rentas fiscales, al menos en interrelación con el preciso período impositivo en que se devengaron las mismas, a un *ente* que no ostenta todavía personalidad jurídica ni, por tanto, puede ser sujeto pasivo del IS.

En esta línea podríamos concebir dos soluciones, o bien que dichas rentas fiscales

balance de la nueva sociedad o de la absorbente.

³²⁷ Según el Art.19 RRM: 1.Los estatutos recogerán la fecha o momento en que la sociedad dará comienzo a sus operaciones.2.No podrá indicarse una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura de constitución, salvo en el caso de transformación en sociedad anónima”.

específicas no se viesen afectadas por la regla del Art. 105 LIS y fuesen imputables a la entidad transmitente respectiva, o bien que las asumiese la entidad de nueva constitución resultando imputadas al período impositivo en el cual ya la escritura de fusión por constitución esté inscrita y, por consiguiente, la entidad fusionante pueda ser sujeto pasivo del IS.

Por otro lado concebimos que la virtualidad de esta disposición debe entenderse independiente de la efectiva aplicación del diferimiento. El precepto se enfoca a solventar un problema que está desconectado, en un plano lógico inmediato, de los problemas tributarios imbricados con la transferencia patrimonial y con las consiguientes rentas fiscales susceptibles de diferimiento, en los términos que resaltaremos.

Pensemos en las distorsiones que acarrearía una renuncia parcial al régimen, las cuales serían, en esta ocasión, prácticamente insalvables. Por ejemplo si se ejerce la renuncia para elementos individualizados ¿cómo conectamos las rentas fiscales, aferradas en su esencia al sujeto, con unos u otros elementos para delimitar la regulación entre régimen genérico y específico?

3.2.1 Relevancia tributaria de la fecha de retroacción contable. Planteamiento.

En síntesis entendemos que la previsión del Art.105 LIS debe conllevar la asunción de las rentas fiscales, positivas o negativas, exteriorizadas por la entidad *en proceso de extinción* a partir de la fecha de retroacción, por parte de la entidad adquirente³²⁸.

³²⁸ Sin embargo Málvarez Pascual (La nueva regulación... , Op. Cit. Pág.279) no parece compartir este criterio, e indica que "... en la declaración correspondiente al período impositivo en el que se produce la operación se tendrán que incluir todas las rentas devengadas,

No obstante resulta oportuno mencionar que la sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de septiembre de 2000, parece inclinarse por la tesis de negar eficacia tributaria a la fecha de retroactividad contable.

De acuerdo con el tenor de esta sentencia el Art.105 LIS “ resulta internamente coherente, pues se refiere de un lado a las sociedades extinguidas, y estas sólo pueden considerarse así, una vez que se ha inscrito la escritura de disolución y de fusión, y además precisa que la imputación se realizará de conformidad con lo previsto en las normas mercantiles... que regulan el proceso de fusión, que no culmina sino con la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil... que la retroactividad que se pretende no puede tener eficacia a efectos fiscales, lo demuestra el Art. 235 TR cuando precisa que el proyecto de fusión contendrá al menos, la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio”, es decir es exclusivamente a esos efectos a los que puede alcanzar el acuerdo de las respectivas sociedades”.

No compartimos la interpretación recién expuesta. En nuestra opinión el Art. 105 LIS se refiere a las entidades “extinguidas”, en los términos indicados, previendo y condicionando la secuencia futura de acontecimientos. Precisamente, al asumir las normas mercantiles, está admitiendo la imputación de las rentas fiscales de acuerdo con los parámetros contenidos en éstas. Evidentemente, una vez

conforme a los criterios establecidos en la LIS hasta el final de dicho período, es decir, hasta el momento de su extinción. Por su parte la entidad adquirente aplicará con todas sus consecuencias la retroactividad contable que, sin embargo, no afectará a su declaración en el IS. Esto puede provocar una diferencia entre el resultado contable de las entidades que intervienen en la fusión y las rentas que se imputan a efectos fiscales”.

Por su parte Largo Gil (La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar. Proyecto de fusión e informes. Editorial civitas, 2000, Pág.345) entiende que la cláusula de retroactividad contable sólo opera interpartes, a pesar de la redacción del Art.105, esta cláusula “no es oponible a terceros ni, tampoco, a la Administración Tributaria”.

extinguida efectivamente la sociedad absorbida, no podría exteriorizar rentas, con lo que no tendría razón de ser el criterio de imputación.

Cuando el precepto precisa que la imputación se realizará “de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles” no está aludiendo a la necesidad de la inscripción registral como condicionante. Evidentemente dicha inscripción operará, en un plano secundario, como eje que convalidará el esquema a posteriori. Ahora bien ello no se deriva de la dicción del Art. 105 LIS, sino de la lógica inherente al proceso jurídico. Por consiguiente debiera acudirse (a la hora de determinar el enlace que instaura el Art. 105 LIS) a la norma mercantil más específica y naturalmente entrelazada con el Art. 105 LIS, es decir al Art. 235 LSA.

En nuestra opinión cuando el Art. 105 LIS se remite al Derecho Mercantil está asumiendo plenamente la eficacia fiscal (al menos en el marco del IS al aludir a “rentas”) del acuerdo de retroacción contable. Esta es la única solución que puede cobrar sentido desde una perspectiva finalista.

3.3 Incidencia sobre el período impositivo.

El Art. 105, con sencillez, se desentiende de explicitar las posibles repercusiones del esquema concatenado sobre el período impositivo de las sociedades partícipes, el cual concluirá de conformidad con las reglas generales del impuesto. Evidentemente el período impositivo de la sociedad adquirente concluirá sin especialidad.

Por otra parte las rentas devengadas, a partir del pacto de retroactividad, serán imputadas a la sociedad adquirente, pero sin que ello incida, en modo alguno, en la finalización de período impositivo alguno para la entidad transmitente.

Anteriormente el Art.21 de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades determinaba que el período impositivo coincidía con el ejercicio económico de la entidad pero, no obstante, se entendería concluido el período impositivo “... en los casos de fusión o disolución de sociedades”.

Debemos considerar las circunstancias que pueden desembocar en la conclusión de un período impositivo para La entidad “que va a extinguirse”. El Art. 24.1 LIS destaca que “El período impositivo coincidirá con el ejercicio económico de la entidad”. A su vez, de acuerdo con el Art. 24.2.a) LIS, en todo caso, concluirá el período impositivo cuando la entidad se extinga.

Debemos mencionar que, de conformidad con el actual esquema de la LIS, la liquidación de la cuenta de resultados no significará ya, per se, la conclusión del período impositivo ni consiguiente el devengo del IS.

En el caso del balance de fusión preparado ad hoc (con motivo de haber transcurrido más de seis meses desde la aprobación del último balance anual hasta la fecha de la junta), como el Art. 239 LSA exige que “deberá seguir los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual”, ello desemboca en la necesidad de liquidar la cuenta de resultados, para graduar el patrimonio neto. Este presupuesto provocaba la conclusión del período impositivo y el devengo del IS (conforme a la anterior normativa) .

En esta línea la liquidación de la cuenta de resultados, en el proceso informativo de elaboración del balance de fusión, no supone el consiguiente devengo del IS. Tampoco acarrea un cierre contable del ejercicio dado que no trata de determinarse un resultado contable apto para su distribución sino que, como sabemos, este documento ostenta un acentuado carácter extracontable, pudiendo acoger actualizaciones de valor que no incorporan otra eficacia que la estrictamente informativa, para iluminar acerca de la sedimentación del tipo de canje de los

títulos.

La finalización del ejercicio económico, de acuerdo con el Art. 24.1 LIS, determinaría la conclusión del período impositivo y el devengo del IS. Así pues, en cualquier caso, si la formalización del balance de fusión conllevara la conclusión de un ejercicio económico ello aparejaría fiscalmente la conclusión de un período impositivo.

El Art.11 de la 3ª Directiva señala que “Todo accionista tendrá derecho...a tener conocimiento en el domicilio social, al menos de los siguientes documentos: ...c) Un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha”.

A tal efecto, con apoyo en este precepto y su laxa alusión a un “estado contable” (y no a un “balance”), se ha argumentado que la confección del balance de fusión no precisa un cierre de ejercicio económico que a su vez devengase el IS conforme al Art.24 LIS. A su vez la liquidación de la cuenta de resultados lo es a título puramente informativo, por lo que debe concebirse como desconectada de la contabilidad ordinaria y libre de la repercusión tributaria comentada.

En cualquier caso, normalmente, la sociedad transmitente concluirá su ejercicio económico en la fecha de cierre ordinaria (o en el instante de extinción jurídica). Esta circunstancia señalará el devengo del IS correspondiente, incluyéndose en base imponible las rentas devengadas con anterioridad a la fecha de retroacción contable. Acto seguido se iniciará para ella un nuevo ejercicio económico y período impositivo en el cual no se devengarían rentas. Asimismo este período acabaría en la fecha ordinaria de cierre del ejercicio económico o (como

será normal) con la definitiva extinción jurídica de la sociedad absorbida.

De conformidad con el Art. 24.2.a) LIS la extinción de la sociedad transmitente supondría la conclusión de su período impositivo y, de acuerdo con el Art.25 LIS, el consiguiente devengo del IS el último día del período impositivo, el cual habría que autoliquidar en el plazo previsto en el Art. 142.1 LIS.

Por su parte la sociedad absorbente integrará en su base imponible las rentas generadas, a través de las operaciones realizadas materialmente por la absorbida, tras la fecha de retroacción contable, computándolas, de acuerdo con las reglas ordinarias de imputación temporal previstas en el Art. 19 LIS. La solución es acorde con el principio de neutralidad al no incidir sobre las fechas de consumación de las operaciones.

El período impositivo, como es sabido, es un elemento de la estructura del impuesto que está sometido al principio de reserva de ley, consagrado por el Art. 10.a) LGT. Ahora bien, en virtud del esquema trazado por la LIS, el período impositivo resulta indisponible. Tampoco se altera, en absoluto, el principio de indisponibilidad de la posición de los sujetos pasivos (que continúan siéndolo hasta el instante de su extinción jurídica).

El legislador otorga una capacidad de elección, esto es de imputación de rentas fiscales, dentro de unas reglas preestablecidas. Se teje de esta forma, a pesar de la escueta redacción del artículo, una opción presidida por el equilibrio entre la concesión de un margen de diseño y el correlativo respeto a las instituciones jurídicas. No obstante la interpretación de la extensión de la expresión “a efectos contables” no debe interpretarse analógicamente, sino en sus estrictos términos.

En cualquier caso se reviste de una cierta *subjetividad* a los patrimonios como *susceptibles de generar rentas fiscales*, erigiéndose en puntos de enlace entre los

entes de derecho, en atención a la pendencia de la secuencia negocial.

Ahora bien la opción del Art.105 LIS violenta, hasta cierto punto, principios formalistas. Los índices de capacidad económica manifestados serán aglutinados en torno a un ente distinto del que realizó la operación comercial respectiva y, por tanto, el sujeto pasivo del IS será un sujeto diferente del que materializó el presupuesto determinante del hecho imponible (la obtención de renta). No obstante, trascendiendo las barreras de la personalidad jurídica, durante un limitado intervalo, el fenómeno de la sucesión universal aplaca estas aseveraciones.

3.4 Reflexiones en torno a las rentas fiscales susceptibles de imputación.

La solución expuesta conllevará una armonía entre base imponible y resultado contable, simplificando la gestión fiscal y contable.

En principio las rentas en cuestión pueden provenir de las operaciones comerciales, propias del ciclo de explotación empresarial (resultados normales de gestión). Los gastos contables, “generados” por la sociedad que va a extinguirse, serán deducibles, en sede de la entidad adquirente, de conformidad con la normativa del IS (Art. 19.3 LIS), en cuanto contribuyan a la generación de ingresos. En todo caso, apreciado el principio de correlación de ingresos y gastos desde una óptica finalista, dichos gastos redundarían en que la entidad adquirente devengue ingresos en el futuro.

La delimitación de la fecha de retroacción no debe implicar que las rentas devengadas deban ser objeto de registro contable, sino en la misma medida que ordinariamente, teniendo en cuenta los criterios existentes sobre la prevalencia de la prueba de la efectiva realización del gasto, conforme al Art. 106 de la nueva LGT.

Teóricamente el efecto impositivo asociado a las rentas podría manifestarse en una sociedad y sin embargo la transmitente percibir el cobro de las facturas emitidas a afrontar el pago de las recibidas. En cualquier caso la inminente confusión patrimonial suaviza las aseveraciones que pudieran plantearse.

El Art. 105 LIS es complementado tácitamente por el Art. 10.3 LIS que admite los criterios de calificación mercantiles.

Asimismo, a partir de la fecha de retroacción contable, tendría sentido catalogar los gastos respectivos como de constitución o de primer establecimiento. Aunque los mismos derivasen de “operaciones” efectuadas por la sociedad “absorbida” podrían ser calificados teóricamente como de proyección plurianual en sede de la entidad absorbente, inscribiéndose en el activo del balance y debiendo ser amortizados en un plazo máximo de cinco años.

Malvárez Pascual ³²⁹ parece interpretar que el sentido del Art.105 va encaminado a abarcar aquellas rentas devengadas precisamente con motivo del natural desarrollo del proceso de ajustes contables con vistas a depurar los patrimonios en el marco de la determinación de la ecuación de canje.

En realidad parece que el nexa, que erige la expresión “a causa”, va dirigido a especificar que la extinción debe ser consecuencia inmediata de la perfección de la operación para sí abarcar a la fusión y escisión total. Aparentemente se engloban cualesquiera rentas devengadas, derivadas de operaciones comerciales propias o no del objeto social o bien, en principio, dimanantes de ajustes contables sui generis,

³²⁹ El autor (La nueva regulación..., Op.Cit. Pág.279) señala que “... el artículo 105 LIS determina el criterio de imputación de las rentas que se generan en la misma operación de reestructuración empresarial, como consecuencia de eliminaciones de ciertos activos o pasivos teniendo como contrapartida Pérdidas y Ganancias. En este sentido dicho artículo establece que las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles, es decir, se van a considerar gasto del ejercicio. Así, el activo ficticio (Vg., gastos de constitución y de primer establecimiento) se elimina en el proceso de fusión, en la medida en que no puede formar parte del patrimonio neto, considerándose como gasto del período”.

como la eliminación de provisiones o la amortización del activo ficticio que figurase en el activo.

De esta manera concebimos que la reiterada expresión, en ningún caso, pretende circunscribir las rentas, que podrían verse afectadas, a aquellas que se generarían en el marco de proceso de reestructuración. Simplemente pretende comprenderse cualesquiera rentas generadas en un intervalo, el cual, eso sí, vendrá definido por las coordenadas contractuales de la operación de reestructuración.

Aquellas rentas concatenadas, desde un punto de vista económico, al proceso de depuración del neto patrimonial de las entidades para facilitar la confusión patrimonial que culminará la transmisión, serían englobadas por el Art. 105, en su caso, sin particularidad.

Evidentemente el Art. 105 no se proyecta sobre las rentas larvadas atribuibles a las plusvalías tácitas susceptibles de afluencia por la compañía transmitente. Es decir dichas rentas fiscales están inseparablemente asociadas al sujeto transmitente. Si entra en juego el régimen de diferimiento, en todo caso, serán objeto de diferimiento las rentas.

Podríamos plantearnos si la expresión del Art.105 “las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas...” que esboza el perímetro de las rentas que consienten el juego de imputación, permite incluir a las amortizaciones.

Desde una óptica restrictiva podría objetarse que las amortizaciones fiscales no son subsumibles en el concepto de rentas de las actividades. Además se trata de rentas conectadas con los elementos de activo, los cuales serán de la titularidad

jurídica de la sociedad absorbida o escindida entretanto no se ocasione la transferencia patrimonial.

Ciertamente la temática presenta diversas aristas. El Art.235.d) LSA se refiere a las rentas asociadas a las “operaciones” de las sociedades que se extinguen. El Art.105 LIS alude a “las rentas de las actividades realizadas.

En concreto el vocablo escogido por el Art.105 LIS (“actividades”) , desde una óptica amplia, podría comprimir las referidas rentas, las derivadas del “consumo” del inmovilizado, en cuanto, en definitiva, inmersas en el proceso productivo y, por tanto, interrelacionadas con dichas actividades.

Debemos hacer hincapié en que si la amortización se imputa a la entidad que se va a extinguir, la misma, en su caso, será deducida como gasto y recortaría el valor fiscal de los elementos transmitidos, incidiendo pues en aquellas rentas que pueden ser diferidas y en la consiguiente cristalización del valor fiscal sobre el que se practicará la regla continuista, conforme a la mecánica del régimen especial.

En principio la coherencia técnica, dado el engarce sistemático de estas rentas con los elementos, y por consiguiente con las rentas encerradas en ellos, conduce a concluir la no proyección del Art.105 LIS ³³⁰ sobre las rentas derivadas de amortizaciones de activos y pérdidas ocasionadas en el inmovilizado (no ya ocasionadas por realización mediante actos de disposición sino, por ejemplo, por quebrantos o siniestros). La reconducción de dichas rentas oscilaría en función de la realización de la traditio de los elementos respectivos.

En esta línea expositiva podríamos interrogarnos acerca de la posibilidad de imputación de determinados *gastos* correlacionados con el precio de adquisición de los activos. Es decir cuyo importe puede ser sumando que contribuya a cifrar el

³³⁰ Esta es asimismo la opinión de Vicent Chuliá (Las Operaciones..., Op.Cit. Pág.42).

valor fiscal de los elementos.

A su vez la conexión conceptual con la repetida magnitud nos debe llevar a entender la no proyección del Art.105 LIS. Dichos “gastos” redundarán en la petrificación del valor fiscal, el cual (ya estático) podría ser objeto de traslado a la entidad adquirente.

Asimismo podemos plantearnos el tratamiento de las rentas originadas por las hipotéticas transmisiones de activos, efectuadas tras la fecha de retroacción contable y previamente a la inscripción de la fusión, (lógicamente mediante actos de disposición independientes) por la entidad que *va a ser absorbida*. La imputación, aparentemente, no podría salpicar a esta tipología de renta en atención a los condicionantes de su proceso de génesis.

De otro lado aquellos ingresos o gastos contables, afectados por la regla expresada, a verter en la cuenta de pérdidas y ganancias pero carentes de simultánea eficacia fiscal, serían imputados contablemente (en virtud del Art. 235 LSA) a la sociedad adquirente, a la cual también se asociarían las hipotéticas consecuencias tributarias futuras.

3.5 El Art. 105 LIS y el estatuto jurídico fiscal de los sujetos.

La solución remachada surtirá los pertinentes efectos, tanto engarzados con deberes formales (comunicaciones y declaraciones informativas) como materiales, cuyo deslinde deberá analizarse caso por caso.

En principio toda construcción ceñida al IS debería fluctuar, en obediencia a las coordenadas del Art. 105 LIS, en función del ente en torno al que se aglutinasen las rentas. En nada afectaría, a nuestros efectos, la posible

heterogeneidad de las rentas englobadas en base imponible.

No obstante el punto de conexión instaurado, en la esfera del IS, se circunscribe a la imputación de rentas fiscales sin extenderse obviamente a parámetros adicionales como la aplicación de deducciones.

En este sentido (de acuerdo por ejemplo con las consultas DGT de 10-8-2000, 1440-00 y de 21-12-2000, cv 0099-00) las sociedades que se extingan como consecuencia de un proceso de fusión estarán, no obstante, obligadas a cumplir las obligaciones materiales y formales que les correspondan. Por ejemplo las declaraciones anuales de operaciones con terceros y los resúmenes anuales de retenciones e ingresos a cuenta, así como del Impuesto sobre el Valor Añadido, por las retenciones y operaciones que hayan realizado desde el día de retroacción fijado hasta su extinción.

Asimismo, respecto al cómputo del volumen de operaciones a tener en cuenta para determinar el período de liquidación del IVA (trimestre o mes natural), durante el ejercicio siguiente, de conformidad con el Art.71.3 del Reglamento del IVA, la sociedad absorbente computaría sólo las operaciones por ella efectuadas antes y después de la fusión, sin englobar las realizadas por la absorbida con carácter previo a su extinción, en cuanto la fecha de retrodatación contable no extiende su eficacia a la esfera del IVA³³¹.

En esta línea, de acuerdo con el Art.84.1.1º LIVA, la entidad que transmite bienes y presta servicios a terceros será el sujeto pasivo del IVA sin particularidad y deberá reflejar el importe correspondiente de las cuotas devengadas en las sucesivas declaraciones-liquidaciones.

³³¹ El referido es el criterio básico de la consulta DGT de 3 de diciembre de 1998 (nº 1887-98).

Sin embargo López Santacruz (Operaciones de..., Op.Cit. Pág.433) estima que la interpretación expuesta desconoce el efecto de la sucesión de empresas que implica la fusión.

Por ejemplo, de conformidad con el Art. 5.1 del Real Decreto 2027/1995 , por el que se regula la declaración anual de operaciones con terceras personas, la interpretación indicada debe conducir a desconocer los parámetros de imputación del Art. 105, y atender a las operaciones materialmente realizadas por el obligado tributario durante el año natural.

Las rentas, en la esfera del IS, serían imputadas a la entidad absorbente aun cuando constase la correspondiente factura a nombre de la entidad absorbida. Sin embargo la rigidez formalista del IVA, no exceptuada por precepto alguno, ocasiona que sea el sujeto que conste en la correspondiente factura quien se halle vinculado con la Hacienda Pública.

Evidentemente la eficacia del Art. 104 LIS, no se extiende a esta esfera, sino se desplegaría, en su caso, una vez cristalizado el correspondiente crédito contra la Hacienda Pública.

En principio pues el gasto se derramaría en la base imponible del IS del sujeto que correspondiese, según el Art. 105, mientras que el Iva soportado debería ser deducido por aquel sujeto a cuyo nombre se haya expedido la factura.

Por lo demás aquellas declaraciones tributarias, que incumbiesen a la transmitente, cuyo plazo venza tras la realización de la operación, serán ya asumidas por la sociedad adquirente quien se verá obligada a su presentación, en coherencia con la sucesión a título universal.

En otro plano , una vez solidificadas las rentas (aquellas no atribuidas a la sociedad absorbente que serán las que pueden influir en el patrimonio transmitido) *en neto patrimonial*, la posterior aportación a la sociedad absorbente o beneficiaria lo será indistintamente por todo el patrimonio de la transmitente, prosperando la no sujeción del IVA en correlación con dicha transmisión unitaria, como

detallaremos en su momento.

3.6. Alusión a la posible incidencia sobre la determinación de los pagos fraccionados del IS.

En el marco del IS, entretanto la fusión no obtenga plena eficacia jurídica cada sujeto implicado deberá cumplir sus propias obligaciones tributarias, incluida la de efectuar los pagos fraccionados que correspondan conforme a su régimen tributario.

Debemos determinar la repercusión de la regla articulada por el Art. 105 LIS. Cabe asentar la premisa de que el pago fraccionado tiene la consideración de deuda tributaria autónoma. Asimismo debemos diferenciar nuestro análisis en función de cual sea la metodología de determinación del pago, conforme: a) la modalidad de la cuota del último período impositivo, cuyo plazo de declaración se hallase vencido; o bien b) Determinación de la base imponible de los primeros 3, 9 y 11 primeros meses del año.

En este contexto, si nos enmarcamos en la primera modalidad de determinación, debemos concluir que la entidad absorbida deberá presentar la declaración del pago fraccionado y efectuar el correspondiente ingreso entretanto no se ultime su extinción jurídica, sin que en nada le afecte la comentada regla. Lo anterior a pesar de que como las rentas fiscales, a partir de la remachada fecha, ya se imputan a la entidad absorbente ello redundará en la ulterior necesidad de devolución del ingreso realizado.

La conclusión no puede ser otra si atendemos a la esencia de la mecánica de génesis del pago fraccionado, que se desentiende de las rentas fiscales exteriorizadas.

Ahora bien en el caso de que la entidad absorbida determine sus pagos fraccionados, de conformidad con la segunda metodología prevista, la solución debe ser distinta. El método de cómputo gravita ahora sobre la base imponible de la entidad, acotada a unos intervalos cronológicos determinados, la cual no comprimirá rentas fiscales de acuerdo con lo estipulado por el Art. 105 LIS.

Así pues existirá obligación de presentar las correspondientes declaraciones de pagos fraccionados, mientras no se consume la extinción jurídica de la entidad, pero su formulación no arrojará ingreso alguno, en coherencia con la natural contemplación de la magnitud de referencia.

3.7 El Art. 105 LIS. Posibilidad de su proyección sobre las distintas operaciones de reestructuración.

La cesión global del activo y del pasivo al socio único, como hemos repetido, puede asimilarse, a efectos de diferimiento, a las fusiones impropias. Como consecuencia inmediata todo el estatuto jurídico anudado a las fusiones en este bloque normativo se proyectaría sobre la operación.

No obstante, en este punto, el Art.105 LIS conecta con la LSA que alude a una fecha muy concreta enmarcada en el desarrollo plurifásico de la fusión mercantil. Así pues cabría entender que si el negocio de disolución es el título traslativo, entonces el Art.105 no se proyectaría. Máxime cuando se trata de una previsión perfectamente tipificada, con motivo de una problemática muy específica. Aparentemente la asimilación de la cesión global a la fusión no podría alcanzar aquellos extremos naturalmente derivados del intrínseco desarrollo de la “fusión mercantil”.

Ahora bien la razón de ser de la fecha de retroactividad propia de la fusión

parece trasladable, sin que ello pugne en absoluto con la lógica técnica, a la operación de cesión global del activo y del pasivo. En este marco cabría estipular una fecha a partir de la cual las operaciones de la entidad cedente se entiendan, contablemente, efectuadas por la cesionaria con la conocida repercusión tributaria.

A su vez la eficacia de la cláusula quedaría, a nuestros efectos tributarios, con independencia de la previsión del Art. 117 LSRL, supeditada a la inscripción de la escritura de extinción de la entidad cedente.

Por otra parte la asimilación de las operaciones realizadas por entidades distintas de sociedades mercantiles a efectos de la fusión y escisión “fiscal” debe conllevar la correlativa extrapolación de esta previsión, siempre y cuando quepa tal asimilación conforme a las coordenadas normativas. Esta solución no se derivaría en virtud de la analogía sino porque el natural enlace con el régimen especial debe serlo a todos los efectos, siempre y cuando la naturaleza de las operaciones lo permita.

El Art.105 está pensado, particularmente, para los parámetros estructurales propios de la fusión. Así pues debe realizarse una acomodación de sus linderos a las singularidades de la escisión total. Las fisuras que presentará la interpretación fiscal derivan de las debilidades del Derecho Mercantil en relación con su solución remisoria a las normas de la fusión (Art.254 LSA).

El patrimonio de la persona jurídica escindida normalmente sería transmitido a dos o más beneficiarias. A tal efecto habría que prever los cauces para comunicar la imputación de rentas. Ello requeriría una cuidadosa independencia informativa, dentro de la entraña patrimonial de la sociedad totalmente escindida que “va a extinguirse”, para que las rentas derivadas de operaciones, materialmente realizadas por la entidad que va a extinguirse, puedan imputarse a una u otra sociedad

beneficiaria mediante neutrales puntos de enlace.

Debemos excluir del marco del Art.105 a los negocios que no provocan la extinción de la personalidad jurídica. Por ejemplo, en una aportación, si las partes hubiesen fijado una fecha de retroactividad contable no coincidente con la de la consumación del proceso traslativo, como dicha retroactividad no tendría efectos fiscales se requeriría que tanto la sociedad aportante como la adquirente realizasen los correspondientes ajustes a sus resultados contables al objeto de determinar la base imponible de cada una en el ejercicio en que se efectúa la operación.

CAPITULO VI.

Debemos mencionar que los comentarios asociados al posible efecto de las operaciones sobre la composición del grupo y, en general, las interrelaciones básicas con el régimen de consolidación fiscal, están enlazados estrechamente con la problemática inherente a la subrogación. No obstante, a efectos sistemáticos, incluimos la materia en el presente capítulo.

I. INCIDENCIAS POSIBLES DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL SOBRE LA COMPOSICION DEL GRUPO Y SU PERIODO IMPOSITIVO.

1.1 Introducción.

El ordenamiento tributario atiende, en el régimen de consolidación fiscal, a la unidad económica del grupo para medir la capacidad económica en la imposición sobre la renta, en definitiva, de las sociedades que lo integran. Por lo demás el grupo es un ente carente de personalidad jurídica al que el ordenamiento concede excepcionalmente la cualidad de sujeto pasivo del IS.

El régimen de diferimiento y el de consolidación fiscal se caracterizan porque incorporan un posible grado de privilegio excepcionando, en muy distinta medida eso sí, el habitual esquema liquidatorio y enhebrando subsistemas revestidos de lógica técnica interna.

Las operaciones de reorganización pueden contribuir a cincelar la unidad económica susceptible de imposición que es el grupo de sociedades, y a realizar las acomodaciones patrimoniales oportunas.

De esta manera, por ejemplo, pueden ensamblarse grupos societarios mediante fusiones de sociedades matrices. Asimismo diversos de los instrumentos

negociales estudiados contribuyen a engendrar las entidades holding.

En definitiva esta circunstancia vincula a analizar las naturales imbricaciones entre ambos compartimentos normativos. A tal efecto procederemos a un análisis muy sintético, ceñido a la posible incidencia de las operaciones de reorganización sobre el régimen de consolidación fiscal³³².

1.2 Casuística en torno a la relevancia técnico-jurídica de las herramientas jurídicas al servicio de la reestructuración sobre la composición del grupo.

El antiguo Art. 81.5 LIS matizaba las consecuencias de la automática extinción del grupo en el supuesto de que otra sociedad tomase participación en la dominante, a través de una operación de reestructuración, de manera que la primera reuniese los requisitos para ser considerada, en lo sucesivo, dominante.

Según la antigua redacción de este precepto”: El grupo de sociedades se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter. No obstante en el caso de que otra sociedad tomara participación en la sociedad dominante de un grupo de sociedades mediante alguna de las operaciones reguladas en el capítulo VIII del Título VIII de esta Ley, de manera que la primera reúna los requisitos para ser considerada dominante, el régimen tributario previsto en este capítulo resultará de aplicación al nuevo grupo así formado, previa comunicación a la Administración tributaria y desde el mismo momento de extinción del grupo preexistente. Dicha comunicación deberá realizarse con anterioridad a la conclusión del primer período impositivo en el que el nuevo grupo tribute en el régimen de los grupos de

³³² Cabe destacar que la Ley 24/2001 ha introducido determinadas modificaciones en el denominado “régimen de consolidación fiscal”. A tal efecto sobreesale el ensanche del perímetro de consolidación, fijándose el porcentaje de participación de la sociedad dominante sobre las dependientes en, como mínimo, el 75% (frente al 90% que se precisaba anteriormente), sin pedirse ningún período mínimo de tenencia previa ininterrumpida de la participación.

sociedades”.

De esta manera la nueva entidad cabecera podía ser considerada como dominante desde que integraba a la anteriormente dominante, captando así a todo el grupo. Se obviaba pues el requisito, entonces vigente (Art. 81.2.b LIS), de que la participación adquirida de al menos el 90 por 100 se hubiese mantenido por parte de la dominante de modo ininterrumpido al menos con un año de antelación al día en que se tomaba la participación. Esta medida agilizaba el acoplamiento de grupos.

Asimismo el criterio administrativo³³³ imperante facilitaba la funcionalidad de estas operaciones, en orden al flexible diseño del grupo, reconociendo la posible inalterabilidad de la unidad económica que podía latir tras las coordenadas jurídicas formales.

A tal efecto la DGT entendía, mediante una interpretación finalista, que la aportación de una rama de actividad a una sociedad de nueva constitución al amparo del régimen especial, en la medida en que el patrimonio de esta última sociedad estuviese constituido exclusivamente por el que compone dicha rama y que, correlativamente, la sociedad transmitente que pasase a ser socia obtuviese en contrapartida el 100 por 100 de su capital social, se entendía que la sociedad dominante había mantenido sin interrupción el dominio sobre la sociedad a la que ha aportado la rama, variando únicamente la forma de manifestarse el mismo, “mediante la personificación jurídica de la rama de actividad para la constitución de una nueva sociedad”.

A su vez debía entenderse que la fecha de antigüedad de las participaciones que la sociedad absorbente ostentase sobre las dependientes, adquiridas vía fusión de la sociedad anteriormente dominante, era la misma fecha que tenía en esta

³³³ Por ejemplo podemos destacar las consultas DGT de 26 de Abril de 2000, nº 0975-00 de 26-1-2000, nº 0077-00, o de 13-12-2001, nº 2223-01.

última,

La Ley 24/2001 flexibiliza, en este punto, la formación del grupo fiscal. No es preciso ya que el nuevo porcentaje mínimo de participación (75%) que la entidad dominante debe poseer en el capital de las dependientes, se haya poseído de modo ininterrumpido con un año de antelación al primer día del período impositivo en que sea de aplicación el régimen de consolidación fiscal, resultando suficiente que se posea dicho primer día. Esta previsión ha conllevado la consiguiente supresión de la regla explicada.

El Art. 81 LIS, en la actualidad, requiere que la sociedad dominante tenga una participación, directa o indirecta, del 75% en el capital de la dependiente, desde el primer día en que sea de aplicación el régimen de tributación y que se mantenga, asimismo, durante todo el período impositivo.

A tal efecto en la hipótesis de que una entidad tome la participación requerida en otra u otras entidades a través de una operación de reestructuración, las mismas podrían configurar un grupo fiscal a partir del período impositivo siguiente a aquel en que se consuma la toma de participación, dado que la cualidad del dominio se pondera al inicio del mismo, haciendo abstracción de la antigüedad de la participación anterior sobre las sociedades dependientes.

De acuerdo con el Art. 90.1 LIS: “El período impositivo del grupo fiscal coincidirá con el de la sociedad dominante”. Así pues , en principio, sólo la extinción de ésta, con la consiguiente conclusión de su período impositivo, repercutiría paralelamente sobre el período impositivo del grupo integrado por ella y sus dependientes.

En síntesis la consumación jurídica de la fusión ocasiona la extinción de la sociedad absorbida anteriormente dominante. Como consecuencia (Art. 24.2 LIS)

concluiría para ella un período impositivo y, en la medida en que dicha sociedad tenía la condición de dominante del grupo que integraba con sus dependientes, asimismo el período impositivo de dicho grupo finalizaría en la fecha en que tiene lugar la extinción de la sociedad dominante.

La extinción de la sociedad dominante del grupo, dado que determina la finalización del período impositivo del referido grupo, conllevará la obligación de presentar la oportuna declaración del grupo que se extingue, abarcando desde el inicio del período impositivo hasta la fecha de extinción del grupo.

De conformidad con el Art.81.5 LIS”: El grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter”. En esta línea la extinción de la sociedad dominante repercutirá en la operatividad de los efectos previstos en el Art. 95 LIS (integración en base imponible de las eliminaciones pendientes de incorporación etc.).

Ahora bien, de acuerdo con el Art. 104.1 LIS, como la operación en cuestión implica una sucesión a título universal, y la entidad absorbida tenía derecho a tributar con sus dependientes según el régimen de consolidación fiscal, al haber optado en su momento, dicho derecho se transmite a la sociedad absorbente desde el momento en que surte efectos la operación.

Así pues surge un nuevo grupo integrado por la sociedad absorbente, como dominante, figurando como dependientes aquellas que tenían igual consideración en el grupo extinguido, siendo el primer período impositivo en que resulta de aplicación el régimen especial el comprendido entre la fecha de extinción del anterior grupo y la fecha de finalización del período impositivo de la nueva entidad dominante³³⁴ .

³³⁴ Así lo interpreta la consulta DGT de 29-4-2003 (cv 0040-03).

No queda plenamente resuelto, una vez más, si la solución anterior dimana del efecto atractivo de la sucesión universal o debe derivarse del tenor del Art. 104 LIS, con lo que sólo jugaría bajo la hipótesis de la opción por el régimen especial. En este caso, dada la especificidad de la solución entendemos como correcta la segunda posibilidad.

En cualquier caso, como es criterio administrativo consolidado³³⁵, en caso de que otra sociedad tomase participación en la entidad dominante (también en el ámbito del Art. 104.2 LIS, por ejemplo a través de un canje de valores) mediante alguna de las operaciones comprendidas en el régimen de diferimiento, de manera que la primera reuniese los requisitos para ser considerada como dominante, el régimen de consolidación fiscal resultaría de aplicación al nuevo grupo formado, previa comunicación a la Administración Tributaria y desde el mismo momento de la extinción del grupo preexistente. La sociedad anteriormente dominante, si no se extingue con motivo de la operación, transmutaría, a estos efectos, en dependiente de la nueva entidad dominante.

Ahora bien, como es necesario que la sociedad dominante ostente la participación sobre las dependientes durante todo el período impositivo en que es de aplicación el régimen de consolidación fiscal y, asimismo, es preciso que se comunique a la Administración Tributaria con anterioridad a su aplicación, la aplicación de este régimen tendría efectos en el período impositivo siguiente a aquel en que se haya producido la operación.

Asimismo, una vez que resulta aplicable el régimen de consolidación fiscal, el Art.82.1 LIS libera del genérico requisito de que las sociedades sobre las que adquiera participación se integren obligatoriamente en el grupo con efectos del

³³⁵ Podemos mencionar las consultas DGT de 23-10-1997 (0261-98) o la de 29-1-2003 (cv 0013-03).

período impositivo siguiente. De acuerdo con este artículo”: En el caso de sociedades de nueva creación la integración se producirá desde el momento de su constitución, siempre que se cumplan los restantes requisitos necesarios para formar parte del grupo fiscal”.

La norma se adapta al supuesto de que ya fuera de aplicación el régimen especial con anterioridad. Nada se establece, sin embargo, en torno a la constitución de nuevas sociedades con anterioridad a la aplicación del régimen.

El requisito de mantenimiento de la participación durante todo el período impositivo, de acuerdo con el Art. 81.2.c) LIS, no será exigible en el supuesto de disolución de la entidad participada, con independencia de que acontezca o no un proceso liquidatorio aparejado. En este caso tal disolución no supondría la exclusión de la sociedad del grupo.

1.3 Operaciones efectuadas en el seno de un grupo fiscal.

Las operaciones consumadas entre entidades pertenecientes a un grupo, que conlleven la extinción de alguna sociedad dependiente y la consiguiente conclusión de su período impositivo, de acuerdo con las normas reguladoras de la tributación en régimen individual, no suponen la exclusión de la sociedad adquirida ni afectan al período impositivo del grupo (Art. 90.2 LIS), el cual coincidirá con el de la sociedad dominante (Art. 90.1 LIS).

Ahora bien la transmisión patrimonial efectuada entre sociedades integrantes del grupo, con motivo de la operación, debe ser concebida como una operación interna. Los resultados eliminados no se consideran realizados frente a terceros, sino que deberán incorporarse , en un futuro, en los mismos términos que resultaría de no haberse llevado a cabo la operación.

La sociedad beneficiaria será la que asuma las obligaciones tributarias asociadas a la incorporación del resultado intergrupo. Los referidos resultados deberán incorporarse a la base imponible del grupo cuando se realicen frente a terceros.

De este modo si la fusión o escisión se realiza dentro del círculo del grupo y la entidad absorbida hubiese participado en una operación interna, por ejemplo, como adquirente de activos, será en el período impositivo en que la entidad adquirente se separe del grupo, dada la subrogación en las obligaciones tributarias que comporta la operación, cuando deberá practicarse la incorporación de los correlativos resultados eliminados³³⁶.

De otro lado si, por ejemplo, una sociedad dependiente fuere absorbida por una entidad extraña al grupo, los resultados eliminados por las operaciones en que participó la sociedad dependiente debieran incorporarse a la base imponible del grupo correspondiente al período impositivo en que se perfecciona la operación, dado que el patrimonio de que es titular la sociedad dependiente se evade, a todos los efectos, del círculo interno del grupo.

En este contexto (operaciones internas) resulta notorio que, en principio, el efecto inmediato consistirá precisamente en un diferimiento de las rentas fiscales, juegue no el régimen especial de la reestructuración empresarial, pues si éste no es operativo el diferimiento sería impuesto por los parámetros normativos inherentes al régimen de consolidación fiscal. De esta manera debemos plantearnos el efecto de la renuncia al régimen especial de la reestructuración empresarial en caso de que la operación se enmarque en el círculo interno de un grupo .

La consulta DGT de 19 de julio de 1999 (nº 1274-99) adujo que, en coherencia

³³⁶ En este sentido se pronuncia la consulta DGT de 23-4-1997 (0840-97).

con lo dispuesto por las normas contables sobre formulación de las cuentas anuales consolidadas, en una operación interna que genere pérdidas el resultado se entiende realizado y no es objeto de eliminación, en la medida en que corresponda a una depreciación cierta en el valor de los elementos transmitidos. En este sentido dicha pérdida debía ser integrada en la base imponible del grupo correspondiente al período impositivo en que tuvo lugar la fusión por absorción³³⁷.

Sin embargo en caso de que se perfeccionase una operación de reestructuración, con la consiguiente disolución y liquidación de la sociedad transmitente, en la medida en que mereciese la consideración de operación interna, las rentas positivas que se generasen deberían ser objeto de eliminación, de conformidad con el RD 1815/1991.

La solución transcrita es impecable de conformidad con los parámetros interpretativos consagrados en la LIS para la determinación de la base imponible, que conducen a que deba acudir al Derecho Mercantil y contable en ausencia de previsión tributaria específica. No obstante, en este caso, la noción que inspira la solución contable es el conservadurismo inherente al principio de prudencia, sin que exista una correlación natural, desde un prisma finalista, al menos con la lógica del diferimiento impositivo.

Además deben tenerse en cuenta las economías de opción que esta vía brindaría, las cuales se adicionarían a las que ya arroja el Art. 103 LIS. Tampoco parece que tal solución se ajuste a la esencia del principio de neutralidad.

³³⁷ No obstante dicha renta negativa podría ser integrada en la base imponible del grupo en el período impositivo en que se anulase la participación en el capital de las sociedades filiales que se disuelven y son objeto de liquidación, siempre que ello no desembocase en una inferior tributación que la derivada de la primera solución.

1.4 Imputación de rentas.

Las rentas de las actividades realizadas por las entidades *extinguidas* (fuesen antes dominantes o dominadas), comprendidas en el conocido intervalo temporal y hasta la respectiva fecha de extinción, se imputarían de acuerdo con lo previsto por el Art. 105 LIS.

Las rentas generadas, una vez imputadas a una u otra sociedad en función de la coordinada expuesta, se integrarían, en su caso, en la base imponible consolidada del grupo en los términos del Art.85.1 LIS, es decir siempre que se integrasen en la base imponible de una u otra sociedad integrante del grupo, dominante o dependiente.

Si, por ejemplo, se produce una fusión por absorción de una sociedad ajena al grupo las rentas fiscales generadas desde el comienzo del período impositivo hasta la fecha de retroacción contable se imputarán a la entidad absorbida y, por consiguiente, se verterán en su base imponible individual.

2.OBLIGACIONES CONTABLES.

Ya hemos mencionado la diligencia informativa a que obligan los resortes básicos del régimen de diferimiento impositivo. El Art.107 LIS incardina una serie de deberes explícitos para allanar el control administrativo.

2.1 Obligaciones de las entidades adquirentes.

Concretamente según el Art.107.1 LIS” La entidad adquirente deberá mencionar en la Memoria anual la información que seguidamente se cita, salvo que

la entidad transmitente haya ejercitado la facultad a que se refiere el artículo 98.2 de esa ley en cuyo caso únicamente se cumplimentará la indicada en la letra d)

a) "Ejercicio en que la entidad transmitente adquirió los bienes transmitidos susceptibles de amortización".

b) "Ultimo balance cerrado por la entidad transmitente".

Este documento cobra sentido en torno a la situación patrimonial del sujeto de derecho en su integridad ("entidad transmitente"). No iría específicamente referido pues a reflejar la situación patrimonial de las ramas de actividad, en su caso, transmitidas. Así pues el precepto preferentemente va enfocado a las hipótesis de fusión y escisión total. Cabe tener en cuenta que ha podido transcurrir un paréntesis temporal entre la formulación de dicho balance, conforme a la normativa mercantil, y la consumación de la transmisión patrimonial, con la consiguiente alteración de las partidas.

c) "Relación de bienes adquiridos que se hayan incorporado a los libros de contabilidad por valor distinto por valor distinto a aquél por el que figuraban en los de la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación, expresando ambos valores así como los fondos de amortización y provisiones constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades".

Estos datos contribuirán a controlar la imputación de los gastos fiscales por amortización por parte de la entidad adquirente, tras la operación, así como las posibles divergencias entre gasto contable y fiscal, en las sucesivas declaraciones liquidaciones del IS.

Además el precepto vincula a que se expliciten "los fondos de amortización y provisiones constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades".

Los fondos de amortización y provisiones, referidos a dichos activos, contabilizados por la sociedad transmitente, y aceptables en el plano tributario, habrían contribuido a cuajar el valor fiscal traspasado a la entidad adquirente. No obstante la norma también demanda información acerca de los constituidos, ya en la sociedad adquirente, en interrelación, cabe pensar, con la noción última del debido equilibrio impositivo.

d) “Relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de determinados requisitos de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 104 de esta ley. A los efectos previstos en este apartado, la entidad transmitente estará obligada a comunicar dichos datos a la entidad adquirente”.

Si la entidad transmitente hubiera ejercitado la facultad de renuncia la compañía adquirente únicamente deberá cumplimentar la obligación informativa indicada en la letra d). Ello corrobora que el fenómeno de la subrogación podría operar con independencia de la virtualidad del diferimiento, por efecto de la tipología sucesoria.

De acuerdo con el Art. 107.3 LIS “las menciones establecidas en los apartados anteriores deberán realizarse mientras “permanezcan en el inventario, los valores o elementos patrimoniales adquiridos o deban cumplirse los requisitos derivados de los incentivos fiscales disfrutados por la entidad transmitente. La entidad adquirente podrá optar, con referencia a las segundas y posteriores memorias anuales, por incluir la mera indicación de que dichas menciones figuran en la primera memoria anual aprobada tras la operación, que deberá ser conservada mientras concorra la circunstancia a que se refiere el apartado anterior”.

Evidentemente, con independencia de lo anterior, las entidades deberán

cumplimentar, sin particularidad, los habituales deberes informativos impuestos por la legislación mercantil.

2.2 Obligaciones de los socios personas jurídicas.

De acuerdo con el Art.107.2 LIS “Los socios personas jurídicas deberán mencionar en la Memoria anual los siguientes datos:

- a) Valor contable de los valores entregados.
- b) Valor por el que se hayan contabilizado los valores recibidos”

Estas magnitudes, como sabemos, son las determinantes del valor fiscal operativo para dichos socios, de conformidad con el Art.102.2 LIS. En cualquier caso la referencia es al valor contable y no al fiscal, para cuya obtención podría haber necesidad de depurar el primero.

De acuerdo con el Art.107.4 “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los números anteriores tendrá la consideración de infracción tributaria simple, sancionable con multa de 150,25 euros a 6.010,12 euros por cada dato omitido, con el límite del 5 por 100 del valor por el que la entidad adquirente haya reflejado los bienes y derechos transmitidos en su contabilidad”.

En realidad no parecía muy congruente que el límite oscilara en torno a dicha magnitud, dado que se incentivaba paralelamente la contabilización según valor histórico, de manera poco neutral.

La Ley 6/2003. de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha dado nueva redacción al Art. 107.4 LIS, de la siguiente forma: “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores tendrá la consideración de infracción tributaria grave. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 200 euros por cada dato omitido, en cada uno de los primeros

cuatro años en que no se incluya la información, y de 1000 euros por cada dato omitido, en cada uno de los años siguientes, con el límite del cinco por ciento del valor por el que la entidad adquirente haya reflejado los bienes y derechos transmitidos en su contabilidad”.

“La sanción impuesta de acuerdo con lo previsto en este apartado se reducirá conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 188 de la Ley General tributaria”.

III. APLICACION DEL REGIMEN ESPECIAL. COMUNICACION.

3.1 Situación previa a la modificación introducida por la Ley 14/2000.

La aplicación del régimen especial se deja a la libre elección del sujeto pasivo, con la única obligación de comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda del ejercicio de la opción.

En cualquier caso, con anterioridad a la nueva redacción del artículo, según la Ley 14/2000, la redacción era equívoca y dio lugar a distintas interpretaciones. El originario Art.110.1 expresaba”: El régimen establecido en el presente capítulo se aplicará en los casos en que así lo decida el sujeto pasivo. La opción por el mismo deberá comunicarse al Ministerio de Economía y Hacienda con carácter previo a la inscripción de la correspondiente escritura”.

El punto controvertido consistía en dilucidar si la omisión de dicho deber de comunicación podría ocasionar la pérdida efectiva del derecho a la aplicación del régimen, dado que el nudo del precepto gravitaba en torno a la decisión del sujeto, la cual, en otro plano, que cabía concebir accesorio o secundario, además debía exteriorizarse.

La redacción parecía inclinarse por la inexcusable necesidad de comunicación expresa. Primero al indicar que el régimen se “aplicará en los casos en que así lo decida el sujeto pasivo” (Art. 110.1 LIS), lo que parecía denotar la necesidad de pronunciamiento. En segundo lugar, particularmente, con motivo de la imperatividad de la redacción “la opción deberá comunicarse”.

No obstante podía interpretarse que lo importante era la apreciación de la voluntad de los sujetos, cuya cristalización podía advertirse mediante unos u otros medios de prueba, aunque no hubiese manifestación expresa por el cauce expresamente articulado.

Si de la no comunicación se dedujese el ejercicio tácito de la renuncia, una comprobación administrativa estaría legitimada para incrementar la base imponible del período impositivo en el importe de las plusvalías incorrectamente objeto de diferimiento. A tal efecto no parecía viable adoptar esta conclusión con tal automatismo, en el supuesto de determinadas circunstancias subyacentes delatase manifestaciones de voluntad tácitas de acogimiento.

En efecto podía sostenerse que de la presentación de la autoliquidación del IS del ejercicio, y de otros datos, como el plegamiento a las obligaciones del Art. 107, podría desprenderse con nitidez la voluntad de acogimiento, que conlleva el acoplamiento a un muy complejo estatuto jurídico, incluso sin comunicación expresa.

Menéndez García³³⁸ y López Santacruz³³⁹ mantenían que la falta de comunicación no resultaba requisito insalvable para la aplicación del régimen sino un defecto de índole formalista.

³³⁸ “Regímenes especiales...” QF Diciembre 1995, op.cit. Pág.21.

³³⁹ “GUIA DEL IMPUESTO...” , OP.CIT.Pág.822.

Por lo demás se dejaba en el aire la resolución de bastantes cuestiones colaterales. No se explicitaba en qué momento debía ejercitarse la opción. Se entendía que debía reflejarse, en todo caso, en fecha anterior a la de la plena consumación jurídica de la operación, es decir de la inscripción registral de la escritura que documentase la operación.

En caso de que el desarrollo de la operación no requiriese otorgamiento de escritura pública el límite sería el de la perfección de la operación conforme a su eficaz estructuración jurídica. Paralelamente cabía preguntarse qué ocurría si la comunicación se efectuaba con posterioridad a este momento.

En realidad la omisión de comunicación representaba habitualmente una tácita declaración de voluntad por sí misma. Teóricamente constituía el medio para hacer efectiva la renuncia. Por una parte, como se desprende del Art.110.1 y del tenor literal del Art. 98.2 LIS (“Podrá renunciarse al Régimen”), parece configurarse la renuncia como una facultad excepcional. Por otra el no ejercicio de la opción expresa equivalía, sin embargo, al ejercicio de la renuncia. Tal vez hubiera debido establecerse la necesidad de comunicación expresa de la renuncia.

Por otra parte el ejercicio de la renuncia parcial requeriría, idealmente, una comunicación que delimitase detalladamente la esfera patrimonial a que se extendía. Sin embargo el silencio legal nos llevaba a estimar válida una simple y escueta comunicación.

Precisamente la plasmación de la renuncia parcial mediante una integración selectiva de rentas, en base imponible, denotaría una declaración de voluntad, tácita pero cierta, en cuanto al sentido de la opción en relación con la porción patrimonial sobre la que se proyectase el régimen especial.

Por su parte cabía esgrimir, a favor de la obligatoriedad de la comunicación,

argumentos técnicos que conectaban con la propia naturaleza de las operaciones, las cuales materializan una confusión patrimonial, lo que podía obstaculizar la pertinente tarea de comprobación e investigación de la Administración Tributaria³⁴⁰.

En definitiva, en nuestra opinión, el mosaico subyacente de datos probatorios permitía advertir el ejercicio de una opción tácita. En cualquier caso la carga de la prueba recaería sobre el obligado tributario. Desde esta perspectiva el Art. 110.1 LIS lo que cristalizaba, aparentemente, era una presunción iuris tantum de que la decisión del sujeto pasivo, en ausencia de declaración expresa, radicaba en la renuncia al régimen.

En principio, con mayor motivo, habría que adoptar tal conclusión en caso de comunicación extemporánea. Esta interpretación, no obstante, producía la consiguiente inseguridad jurídica en las relaciones entre la Hacienda Pública y los contribuyentes.

Por su parte la Administración interpretó³⁴¹ que la comunicación de la opción por el régimen era una obligación formal de la entidad y no un requisito para la aplicación del régimen. Asimismo el retraso o la ausencia de comunicación no anularía la opción acordada por las sociedades. La obligación de comunicación simplemente tenía la funcionalidad de permitir, con suficiente antelación, el conocimiento a la Administración de un acto privado provisto de trascendencia fiscal.

En definitiva el problema se desplazaba a la prueba de la opción, de la plasmación de la exteriorización de la voluntad, dada la gran cantidad de

³⁴⁰ En esta línea se pronunció la sentencia del TSJ de Navarra de 17 de Abril de 2000.

³⁴¹ Podemos citar las consultas DGT de 7/10/1999, cv nº 0087-99, y de 16 de julio de 1999, nº 1224-99.

información jurídica y económica existente, así como las distintas decisiones que, directa o indirectamente, se apoyan en la selección o no de la opción.

Tampoco el Art. 110.1 LIS indicaba quien debía practicar la comunicación. El artículo aludía a los “sujetos pasivos”, lo que literalmente señalaba a las compañías transmitentes en cuanto el diferimiento inhibe la carga tributaria que, en otro caso, soportarían. Cada entidad transmitente podía ejercitar la comunicación, o bien esta podía ser suscrita por el conjunto de ellas.

Ahora bien, teóricamente, teniendo en cuenta la intensidad con que el régimen atenazaría a las sociedades adquirentes recayendo tanto sobre la configuración de su obligación pecuniaria futura como respecto de determinados deberes formales accesorios, éstas debieran materializar asimismo de modo expreso la opción.

En definitiva la plasmación procedimental de la comunicación urgía del conveniente desarrollo. El Art. 51.5 RIS³⁴², con suma parquedad, sólo aclaraba el órgano administrativo ante el que debía interponerse la comunicación.

Teóricamente la documentación, a través de la cual se exteriorizase la declaración de voluntad, debiera consistir en un escrito comprensivo de distintos puntos que arrojasen luz sobre el ejercicio y el ámbito del régimen especial. A su vez debiera acompañarse la escritura pública que documentase el correspondiente negocio jurídico (generalmente en ella se haría constar la opción) y cuyo examen permitirá a la Administración formarse el juicio para cimentar la calificación fiscal correspondiente.

³⁴² Según este artículo”: 5.El ejercicio de la opción por el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y Canje de Valores se comunicará a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de las entidades intervinientes en las referidas operaciones, o a las Dependencias Regionales de Inspección, tratándose de sujetos pasivos adscritos a las mismas”.

3.2 El nuevo artículo 110.1 LIS de acuerdo con la redacción conferida por la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La inseguridad jurídica derivada de las rendijas otorgadas a la interpretación, así como el hecho de que ello pudiese redundar en el aprovechamiento malicioso de determinadas situaciones, ha llevado al legislador a dar un brusco cambio de rumbo en la regulación de este punto.

El Art. 2.seis.1 de la Ley 14/2000 redacta el Art. 110.1 de la siguiente forma: “1.La aplicación del régimen establecido en el presente capítulo requerirá que se opte “por el mismo de acuerdo con las siguientes reglas”:

La redacción es mucho más precisa que la precedente. En definitiva entendemos que la opción deberá tajantemente ser expresa³⁴³ y además materializarse de acuerdo con un formato determinado. De hecho *la variable tributaria* estará siempre prevista por los diseñadores de la operación. Esta circunstancia concederá un poso de seguridad jurídica, con lo que, en nuestra opinión, se trata de un cambio de planteamiento positivo.

En un segundo escalón, las reglas concretas previstas son:

“a) En las operaciones de fusión o escisión la opción se incluirá en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España.

Tratándose de operaciones a las que sea de aplicación el régimen establecido en el artículo 98 de esta Ley y en las cuales ni la entidad transmitente ni la adquirente tengan su residencia fiscal en España, la opción se ejercerá por la

³⁴³ Sin embargo la consulta DGT de 22-8-2003 (1127-03) destaca que “la norma fiscal marca una serie de requisitos a cumplir para el disfrute del régimen fiscal especial. Pero éstos se configuran con un carácter marcadamente formal (caso de la comunicación al ministerio de Hacienda)”.

entidad adquirente y deberá constar en la escritura pública en que se documente la transmisión”.

Así pues se introduce la obligación, para las entidades transmitentes o adquirentes que tengan su residencia en España, de explicitar la opción por el régimen en el proyecto y en los consiguientes acuerdos sociales.

La reiteración de la opción en el proyecto y acuerdo social es congruente de acuerdo con la secuencia lógica del proceso jurídico. En todo caso debería prevalecer lo adoptado en el acuerdo.

El Art. 235 LSA configura el contenido del proyecto como de carácter mínimo. A tal efecto parece positiva la solicitud indicada, dado que la carga tributaria incidirá fuertemente en la previsión del coste financiero de la operación y puede afectar a coordenadas como la evaluación del patrimonio neto y la solidez del tipo de canje. La función garantista para terceros (no sólo para la Hacienda Pública) viene asegurada por el mecanismo publicitario previsto.

“b) En las aportaciones no dinerarias la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el acto o contrato”.

Tratándose de operaciones en las cuales la entidad adquirente no tenga su residencia fiscal o en Establecimiento permanente en España, la opción se ejercerá por la entidad transmitente”.

“c) En las operaciones de canje de valores la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato. En las

ofertas públicas de adquisición de acciones la opción se ejercerá por el órgano social competente para promover la operación y deberá constar en el folleto explicativo.

Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, el socio que transmite dichos valores deberá demostrar que a la entidad adquirente se le ha aplicado el régimen de la Directiva 90/434/CEE”.

Asimismo el precepto establece “ En cualquier caso la opción deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda en la forma y plazo que reglamentariamente se determinen”.

3.3 Desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 995/2001, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de regímenes fiscales especiales.

El Real Decreto 995/2001, en lo que se refiere a este régimen, desarrolla la previsión legal contenida en el Art.110.1 LIS tras la reforma introducida por el apartado seis del artículo 2 de la Ley 14/2000.

El Art.47 del RD establece que “La comunicación de la opción deberá efectuarse dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública en que se documente la operación. Si la inscripción no fuera necesaria, el plazo se computará desde la fecha en que se otorgue la escritura pública que documente la operación y en la cual, conforme al apartado 1 del artículo 110 de la Ley del Impuesto, ha de constar necesariamente el ejercicio de la opción”.

Es decir, una vez consumada la eficacia jurídica, se establece un plazo prudencial para el ejercicio de la opción. El nuevo Art.110.1 LIS ya establecía que la opción debía incluirse en los acuerdos sociales y/o en la escritura pública que documentase el contrato. Este Art.47 solicita una ratificación de dicha opción singularmente dirigida a la Administración Tributaria, en coherencia con la pendencia de la opción primaria acordada.

La referencia a que la “la inscripción no fuera necesaria” debe concebirse circunscrita a que dicho requisito no sea preciso para la efectividad de las transferencias del dominio, de cuyo presupuesto parten los estándares normativos asociados al diferimiento.

De conformidad con el Art.48.1 del RD en el caso de operaciones de fusión o escisión, la comunicación deberá ser efectuada por la entidad o entidades adquirentes.

Ya hemos expuesto que en el marco de la fusión y escisión es aceptable la virtualidad del diferimiento exclusivamente en la esfera de los socios, en función de la residencia fiscal de las compañías intervinientes.

El Art.48.2 establece que “Tratándose de operaciones de fusión o de escisión, en las cuales ni la entidad transmitente ni la entidad adquirente tengan su residencia fiscal en España y en las que no sea de aplicación el régimen establecido en el artículo 98 de la Ley del Impuesto por no disponer la transmitente de un establecimiento permanente situado en este país, la opción por el régimen especial corresponderá al socio residente afectado. El ejercicio de la opción se efectuará por éste, cuando así lo consigne en la casilla correspondiente del modelo de declaración del impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas”.

En esta línea , como se trata de las operaciones con mayores dificultades para el conocimiento de la disposición, Según se declara en la Exposición del RD, “con el fin de que esta circunstancia no perjudique a los socios residentes, se designa además como sujeto obligado a efectuar la comunicación al socio residente afectado o a la persona o entidad transmitente residente, permitiendo así que el ejercicio de la opción les comporte la seguridad jurídica de acogerse al régimen establecido en el capítulo VIII del Título VIII de la Ley del Impuesto”.

El Art.48.3 indica que, asimismo, en las operaciones de canje de valores la comunicación se presentará por la entidad adquirente. Ahora bien “Cuando ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, la opción por el régimen especial corresponderá al socio residente afectado. El ejercicio de la opción se efectuará por éste, cuando así lo consigne en la casilla correspondiente del modelo de declaración del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”³⁴⁴.

3.3.1 Contenido de la comunicación y documentación anexa.

El Art.49 RD delimita el contenido y la documentación que debe acompañar a la comunicación. Se trata de proporcionar una constelación de datos objetivos para facilitar la hipotética tarea de comprobación e investigación por parte de la Administración Tributaria.

³⁴⁴ De acuerdo con el Art.48.4 “La comunicación se dirigirá a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de las entidades, o establecimientos permanentes si se trata de entidades no residentes, que, conforme a los apartados anteriores, estén obligadas a efectuarlas, o a las Dependencias Regionales de Inspección o a la Oficina Nacional de inspección, tratándose de sujetos pasivos adscritos a las mismas.

Cuando, conforme a lo establecido en el apartado 3 para las operaciones de canje de valores, la comunicación se deba efectuar por una entidad no residente en España, la comunicación se dirigirá al órgano que, de entre los indicados, corresponda en función de las circunstancias que concurran en la entidad participada”.

Según el Art.49 RD: “En la comunicación se expresarán los datos identificativos de las entidades participantes en la operación y se describirá ésta. A la comunicación se acompañará, en su caso, la siguiente documentación...”.

En el desarrollo procedimental de las fusiones y escisiones existirá un prolijo repertorio de documentación que ya detallaría los referidos aspectos de índole jurídica y económica (informes de expertos y administradores etc.). Podemos entender la solicitud como asociada a la explicación de los aspectos jurídicos y económicos de la operación con posible resonancia tributaria, y fundamentalmente circunscrita al régimen especial.

La apostilla “en su caso” debe interpretarse no en el sentido del carácter potestativo de la obligación sino en el de que la documentación requerida fluctuará según la estructuración jurídica de la operación.

De conformidad con el Art.49.a) RD habrá que acompañar “En los supuestos de fusión o escisión, copia de la escritura pública de fusión o escisión inscrita en el registro Mercantil, y de aquellos documentos que, según la normativa mercantil, deben obligatoriamente acompañar a la escritura para su inscripción en el registro.

Si la inscripción no fuera necesaria, copia de la escritura pública que documente la operación y en la cual, conforme al artículo 110.1 de la ley del impuesto, ha de constar necesariamente el ejercicio de la opción”.

De acuerdo con el Art.230 RRM la documentación complementaria que ha de acompañar a la escritura para su inscripción es al siguiente:

-Proyecto de fusión, salvo cuando éste se haya depositado en el mismo Registro ante el cual se presente la escritura.

-Los ejemplares de los diarios en que se haya publicado la convocatoria de la junta y el acuerdo de fusión o escisión.

-En su caso, el informe de los administradores de cada una de las sociedades que participen en la operación y el informe o informes del experto o expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen.

En el caso de cesión global del activo y del pasivo, susceptible de calificación como “fusión fiscal”, deberán aportarse aquellos documentos pertinentes, según su estatuto jurídico para la calificación e inscripción registral.

La Administración Tributaria, sin perjuicio de lo anterior, estará singularmente interesada en aquellos datos anudados a la transmisión. En cualquier caso hipotéticamente la comprobación podría derivarse sobre ramificaciones no asociadas estrictamente al diferimiento (por ejemplo en imbricación con la determinación del tipo de canje de las acciones).

De conformidad con el Art.47.b del RD se adjuntará “a) En los supuestos de aportación no dineraria o de canje de valores, copia de la escritura pública de constitución o aumento del capital social, y de los documentos que según la normativa mercantil deben obligatoriamente acompañar a la misma.

Si no fuese precisa escritura de constitución o aumento de capital social, copia de la escritura en que se documente la operación”.

La previsión concerniente a la no obligatoriedad de otorgamiento de escritura de constitución o aumento de capital debe entenderse enfocada a las operaciones de permuta susceptibles de subsunción, en los términos conocidos, en la conceptualización tributaria de aportación no dineraria. En este caso igualmente se

entiende que deberán aportarse aquellos documentos precisos, en coherencia con su propia normativa.

Según el Art.49.c “En el caso de que las operaciones anteriores se hubieran realizado mediante una oferta pública de adquisición de acciones, también deberá aportarse copia del correspondiente folleto informativo”³⁴⁵.

En cualquier caso a nuestro entender persiste una brecha de inseguridad jurídica en relación con la articulación de la renuncia parcial. Hubiera sido positiva la expresa resolución de ciertos problemas informativos que pueden suscitarse en relación con su perímetro, requiriendo, al menos un anexo explicativo.

IV. ANÁLISIS DE LA CLAUSULA ANTIFRAUDE.

Debemos resaltar, tal y como manifestamos a la hora del estudio de la subrogación, que, tras la finalización de este trabajo, la nueva LGT, Ley 58/2003, ha trastocado la regulación de instituciones como la del fraude de Ley, sustituida por la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que están

³⁴⁵ La Disposición transitoria Única del RD establece: “1. Las obligaciones de comunicación reguladas en el presente Real Decreto y relativas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores sólo serán aplicables a las operaciones a las que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, les resulte de aplicación la normativa contenida en el apartado 1 del artículo 110 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción dada por el artículo 2 de la citada Ley 14/2000.

2. Si, en relación con las operaciones a que se refiere el apartado uno, la inscripción en el Registro Mercantil de la correspondiente escritura pública, o su otorgamiento si no fuere necesaria, la inscripción, se hubiera efectuado con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real decreto, la comunicación deberá presentarse en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de entrada en vigor del mismo.

3. En las operaciones a las que no resulte de aplicación la normativa contenida en el apartado 1 del artículo 110 de la Ley 43/1995... en su redacción dada por el artículo 2 de la citada Ley 14/2000, el ejercicio de la opción por el régimen especial se efectuará en los términos establecidos por el apartado 5 del artículo 51 del reglamento del impuesto sobre Sociedades, en la redacción vigente hasta la fecha de entrada en vigor del presente Real decreto”.

inseparablemente relacionadas con la temática objeto de estudio en el presente epígrafe.

En cualquier caso nuestros comentarios se ciñen eminentemente a los parámetros jurídicos previos a la promulgación de la referida Ley, sin perjuicio de que introduzcamos algún comentario aislado en torno a las modificaciones normativas experimentadas.

4.1 Introducción.

De acuerdo con el originario Art. 110.2 LIS”: Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente Capítulo y se procederá por la Administración Tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos”.

El Art.110.2 se erige en el broche de cierre del articulado.La constante apertura de vías interpretativas, connatural al terreno, y la riqueza de economías de opción inherente convierten a esta materia en primordial.

Esta cláusula, teóricamente, se proyecta sobre todo el ámbito objetivo en que opere el régimen especial, en el sentido de que sus directrices interpretativas ostentarán relevancia en semejante perímetro. Aparentemente si las operaciones, comprimibles en los linderos del Art. 97 o 108 LIS, tributan de acuerdo con el régimen genérico no resultaría de aplicación, sin perjuicio de lo que comentaremos al respecto.

En síntesis podríamos convenir en que no podría ser encajada en el régimen, conforme a las exigencias de neutralidad que lo presiden, una operación, la cual, por sí sola o en combinación con otros negocios jurídicos, pretendiese culminar una

decisión económica cuya natural consecución resultaba más armoniosa por otros cauces, con la motivación de eludir o minorar los impuestos que normalmente recaerían sobre el usual instrumento jurídico seleccionado.

Ahora bien lo preocupante es la interpretación que la Administración quiera darle al precepto, que puede desembocar en un semillero de recursos.

De conformidad con el Art. 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, un Estado miembro podría negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones del régimen o retirar el beneficio de las mismas cuando la operación ”: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones del artículo 1 no se efectúe 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 ”.

Así pues la noción básica gira en torno a dos ejes: A) la detección del “principal” objetivo fraudulento, presupuesto que permitiría privar del “derecho” al régimen, B) El sustento interpretativo brindado por la Directiva para acreditar lo anterior: la realización de actividades no inspiradas en motivos económicos válidos distintos del aprovechamiento fiscal.

El nexo entre ambos elementos podía consistir en una presunción *iuris tantum*, que facilitase a la Administración la tarea probatoria. Sin embargo ante la dificultad práctica de articularla, dada la elasticidad interpretativa de los vocablos seleccionados, nuestro ordenamiento, en un primer momento, desistió de utilizar esta herramienta.

No obstante Gómez Verdesoto³⁴⁶ interpretaba que “el legislador español ha desaprovechado la posibilidad, ofrecida por el artículo 11.1.a) de la Directiva, de establecer como presunción de fraude o evasión fiscal la ausencia de motivos económicos válidos. Entendemos que la misma habría sido un instrumento eficaz en manos de la administración para luchar contra este tipo de maniobras fraudulentas de los contribuyentes”.

En cualquier caso debemos subrayar que, constantemente, las consultas de la DGT recurrían al consignado en el Art. 11.1.a) de la Directiva como criterio interpretativo válido, conectándolo con el argumento de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 de que “el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”.

4.2 La modificación del Art. 110.2 LIS efectuada por la Ley 14/2000.

Existe una manifiesta inquietud entre las altas instancias de nuestra Administración Tributaria respecto de las amplias posibilidades de ingeniería financiera que el régimen especial permite, con motivación eminentemente tributaria. Esta circunstancia reviste de un interés muy especial desentrañar el presunto propósito elusivo en este contexto.

La Ley 14/2000 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social trata de concretar el precepto. Simultáneamente quiere acrecentar el grado de seguridad jurídica imperante previendo el instrumento de la consulta con carácter vinculante para la temática.

³⁴⁶ Gómez Verdesoto M.: "Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores" (Impuestos nº1, Enero 1999, Pág.82 y 83).

El tenor literal del Art. 110.2 LIS queda: “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 que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963 de 28 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”.

En primer lugar la redacción despeja la duda que antes pudiera haber en cuanto a la proyección del Art.110.2 sobre la aportación no dineraria especial, tipificada en el Art.108 LIS. En cualquier caso entendemos que la anterior redacción era mera consecuencia de la inercia y no pretendía descartar a la aportación no dineraria especial.

La supresión de la mención a la regularización de la situación tributaria puede estimarse positiva puesto que era superflua, dada la obligación natural de regularización como consecuencia de la privación de la sistemática.

La novedad normativa más sustancial es la previsión siguiente, que recoge, ahora sí, la posibilidad ofrecida por la Directiva de establecer una presunción: “En particular el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o racionalización de las actividades que participa en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir

una ventaja fiscal”.

Se trata, como destaca la consulta DGT de 29-1-2003, cv 0014-03, de trasladar al texto de la norma una medida “anti abuso”, como las que, con carácter general, se encuentran reguladas en los artículos 24 y 25 de la LGT. La consagración de esta presunción es el eje nuclear sobre el que deben gravitar nuestros comentarios, pues arroja múltiples aspectos inquietantes

La referencia a la racionalización de “las actividades de las entidades que participan en la operación” podría apuntar a aquellas operaciones efectuadas por sociedades patrimoniales que no desarrollasen actividad económica veraz susceptible de autentica racionalización.

Sin embargo la existencia de operaciones efectuadas por sociedades patrimoniales (en general que no desarrollan actividades empresariales) no puede, en modo alguno, llevar a concluir su realización con fines de fraude o evasión fiscal³⁴⁷. Los términos transcritos (reestructuración y racionalización) deben interpretarse de forma extensiva.

En definitiva se edifica el concepto de fraude fiscal desde un enfoque eminentemente subjetivo, centrado en los “objetivos” perseguidos por las entidades cuando consumaron la operación, los cuales deben ser válidos, en el sentido de que debe constatarse una causalidad económica distinta de la estrictamente tributaria.

En principio, debe entenderse que cualquier objetivo, táctico o estratégico, dotado de una lógica económica implícita, apreciando la misma de forma absolutamente flexible, con independencia de que represente una funcionalidad a corto o largo plazo, debe entenderse válido.

³⁴⁷ A tal efecto la consulta DGT de 22-6-1999 (cv nº 0038-99) destaca que adoptar dicha conclusión sería tanto como identificar la adecuada gestión de un patrimonio con el fraude o al evasión fiscal.

En cualquier caso la inseguridad jurídica es manifiesta puesto que, en todo caso, siempre podrían alegarse la presencia de razones ambiguas y tan difíciles de determinar como la simplificación de la estructura empresarial o la diversificación de riesgos³⁴⁸.

De acuerdo con el criterio administrativo³⁴⁹ puede entenderse como reestructuración o racionalización de las actividades, entre otras, las actuaciones tendentes a adaptar las dimensiones, capacidad productiva o características técnicas de las empresas a las exigencias que imponen los mercados, así como la organización de las actividades económicas con la finalidad de que sean más productivas, rentables y eficaces.

Estimamos potencialmente generador de problemas interpretativos, aunque se corresponda con la redacción de la Directiva, el término “principal”. El vocablo parece intentar desagregar el componente subjetivo, en el cual, desde dicha óptica, podrían convivir fines fiscalmente lícitos junto con otros elusivos, debiéndose ponderarse el peso relativo de cada componente para decantar la balanza, con lo que, de seguir esta noción, si junto al objetivo “elusivo” coexisten objetivos económicos o financieros válidos no podría prosperar la privación del régimen.

Evidentemente esta interpretación no puede ser aceptable. Posiblemente se trata de facilitar la tarea probatoria, aclarando que el negocio jurídico, aparte de

³⁴⁸ Resulta curioso mencionar la consulta DGT de 12 de diciembre de 2001 (cv nº 0075/01) que (en un supuesto en que una sociedad absorbía a otra inactiva cuyo único objeto social era la gestión de la participación en la absorbente) entendía como motivo económico válido la supresión de costes derivada de su funcionamiento.

La consulta DGT de 23-9-2003 acepta como posible motivo válido de una integración empresarial evitar la duplicidad de anotaciones contables.

La consulta DGT de 23 de julio de 2002 (cv nº 0038-02) enumera, a título de ejemplo, como posibles motivos económicamente válidos la disolución del condominio o titularidad pro indiviso sobre diversos bienes inmuebles (una vez que estos supuestos de titularidad compartida generan problemas burocráticos), la existencia de múltiples créditos y préstamos recíprocos que podrían eliminarse o compensarse o la necesidad de superar ineficiencias derivadas de la multiplicidad de estructuras empresariales para llevar a cabo un mismo objeto social.

La consulta DGT de 30 de julio de 2002 (cv nº 0040-02) admite como motivo económico válido la optimización de las necesidades de financiación (como incremento del activo circulante).

³⁴⁹ Por ejemplo consultas de la DGT de 28-6-2001, cv nº 0056-01 y de 27-7-2001, cv nº 0066-01.

incorporar intereses elusivos puede responder a otras motivaciones empresariales.

También puede constatarse una cierta incoherencia entre la primera parte del apartado "... tenga como principal objetivo" y el final "... con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal". No existe una correlación entre los grados de intensidad expresados por ambas apostillas. Una parece requerir preponderancia del objetivo y la otra exclusividad.

En cualquier caso debemos poner de relieve que el Art. 15.1.b) de la nueva LGT, establece que se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria, cuando de los actos o negocios respectivos no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

En principio una vez que concurra un motivo económico válido, cabe concebir (como es el criterio administrativo) que la utilización por parte del contribuyente de aquel procedimiento que le permita pagar el mínimo de impuestos no puede permitir, por sí mismo, presumir un propósito de fraude o evasión fiscal. Es decir, obviamente, se reconoce una puerta abierta a la economía de opción, pero para ello tiene que constatarse un motivo económico diferente y adicional del tributario.

Por lo demás cabe considerar la habitual envergadura de las entidades partícipes, dotadas de una infraestructura determinada³⁵⁰.

Los postulados del principio de neutralidad que cimenta el régimen deben,

³⁵⁰ El TEAC ha destacado (resolución de 17 de enero de 2001) que (para apreciar la presencia de negligencia en interrelación con la posibilidad de detección de infracción tributaria) que una gran empresa debe contar con un departamento de asesoría tributaria eficiente que resuelva las dudas de interpretación de manera coherente.

una vez más y con particular relevancia dada la elasticidad de la temática, alimentar la interpretación. Por añadidura la intrínseca esencia del fenómeno de la reestructuración incorpora un filtro que vincula a desplegar una interpretación auténtica de la normativa³⁵¹.

La carga de la prueba de que la operación se efectuó con fines de fraude o evasión fiscal debe recaer, evidentemente, sobre la Administración Tributaria (en los términos que resaltaremos), que será quien tenga que acreditar la ausencia de motivos económicos válidos, que a su vez será el basamento interpretativo (ya lo era antes a través de la proyección de la Directiva 90/434/CEE) que permitiría privar del régimen a los sujetos.

A pesar de que es criterio aceptado que cuando se trate de hacer valer un derecho, como una deducción, será el obligado tributario quien deberá probar todos los hechos normalmente constitutivos del mismo, el régimen especial se erige como una alternativa ordinaria de tributación.

Finalmente la previsión concerniente a la posibilidad de establecer consultas vinculantes a la DGT merece una valoración positiva en cuanto intenta proyectar una cierta seguridad jurídica. El problema radicará en que, por minuciosa que sea la descripción de la secuencia de presupuestos fácticos, no podrá englobar todos los parámetros determinantes de la calificación jurídico fiscal.

4.3 La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997.

La sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (Asunto C-28/95, A.Leur-

³⁵¹ La sentencia del Tribunal superior de Justicia de Murcia de 24 de enero de 2000 interpretó (en el marco de la Ley 29/1991) que "...cuando cualquiera de las operaciones previstas no sea una operación económica tendente a una reestructuración o a una concentración de empresas, aunque formalmente revista dicha apariencia, no le será de aplicación el régimen fiscal establecido en la norma".

Bloem) ha contribuido, en gran medida, a centrar los laxos contornos de la cláusula , así como los linderos de la indeterminada frontera entre fraude y economía de opción en este contexto³⁵².

En el asunto debatido el ordenamiento interno neerlandés había introducido solapadamente un requisito conceptual, al exigir para la fusión por intercambio de acciones la finalidad de “integrar la actividad empresarial de la sociedad adquirente y la de la otra sociedad en una misma entidad de forma duradera”. El legislador holandés pretendía vertebrar el concepto fiscal de forma que se cercenase la posibilidad de protección para operaciones especulativas, conectando con el interés idealmente protegido.

Sin embargo el Tribunal consideró que el camino debía ser el inverso. No puede estrecharse a priori el conducto de admisión. En primer lugar estableció la plena validez, a estos efectos, de una operación con independencia de la vocación de duración de la empresa resultante ³⁵³ y de los motivos que impulsen su consumación³⁵⁴.

De acuerdo con el tenor literal de la sentencia: ” el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de una ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva.

³⁵² Según Docavo Alberti L. (“Abuso o evasión fiscal en la fusión por intercambio de acciones”, Quincena Fiscal, septiembre 1998, nº115, Pág.46), el Art. 110.2 LIS “debe interpretarse a la luz de la doctrina del Tribunal, que ha de prevalecer sobre el criterio de la Administración, en su caso, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario”.

³⁵³ Así la sentencia expresa que (aunque pudiera constituir indicio de fraude o evasión fiscal) la Directiva “no exige que la sociedad dominante en el sentido de la letra h) del artículo 2 de esta Directiva, explote por sí misma una empresa, ni que exista una integración duradera, desde el punto de vista financiero y económico.

³⁵⁴ ”: el régimen fiscal común establecido en la Directiva,...se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales”.

Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa”.

Ello implica, en síntesis, la necesaria eliminación de cualquier tipo de filtro apriorístico no derivado de la naturaleza intrínseca del sistema . Es decir en el encasillamiento conceptual de las operaciones no cabe considerar como implícita o explícitamente preciso ningún motivo específico determinante.

Las tareas de comprobación e investigación administrativa deben realizarse caso por caso. Las Administraciones de los Estados miembros deberán acudir a las instituciones recalificadoras que los respectivos ordenamientos internos les concedan, sin la ayuda de criterios generales predeterminados que alivien su tarea probatoria filtrando las construcciones contractuales.

Ahora bien, a pesar de estas reflexiones de corte garantista, en una segunda etapa, la sentencia introduce una matización de capital importancia : ” Del tenor y de los objetivos del artículo 11 así como los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”.

Así pues podríamos interpretar que se consagraba una tácita presunción *iuris tantum* , con sustento en la Directiva, de que si la finalidad que inspiraba el negocio respectivo era exclusivamente fiscal, entonces la operación obedecía a fines elusivos. La admisión de la planificación lícita del ahorro de impuestos sólo cabría una vez que se constatase la presencia de un objetivo distinto del puramente fiscal.

El Art. 114 LGT dispone que “Tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo”. A su vez la presentación de la

declaración-liquidación del IS del período impositivo en cuestión, por parte de la sociedad transmitente, se hallará amparada por la presunción de certeza del Art. 114 LGT.

En cualquier caso la prueba de que la operación se ha instrumentado persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo incumbe a la Administración, si bien ésta puede recurrir a la presunción articulada expresamente por la norma, con lo que el problema puede centrarse en la laxitud extrema de los conceptos en que se apoya el legislador para vertebrar la misma.

Ahora bien, en cualquier caso, el deslinde entre economía de opción y fraude no puede delimitarse como si el régimen analizado constituyese un compartimento normativo estanco dentro de nuestro ordenamiento tributario. La cláusula no puede consagrar pues criterio divisorio distinto de una orientación que iluminará la interpretación.

Entendemos que incluso si se constatase que el negocio obedece a incentivos exclusivamente fiscales, el Art. 110.1 no debe implicar per se la automática posibilidad de privar del estatuto derivado del régimen, sino que debiera complementarse tal premisa con la artificialidad en la elección contractual a través de un análisis global, conforme al nuevo Art. 15 LGT.

En cualquier caso se invierte, de darse las circunstancias reseñadas, la carga de la prueba. Se nos antoja extremadamente delicado establecer una presunción sumamente indeterminada a favor de la Administración. Esta circunstancia requeriría, en aras de la seguridad jurídica, a pesar de la dificultad de articular criterios divisorios, un desarrollo que centrarse con mayor precisión las pautas engendradas por la mencionada sentencia.

De hecho la DGT recientemente, acogiendo de lleno a la herramienta de la presunción, ha entrado a ponderar, en numerosas hipótesis, de una manera casuística, en función del supuesto concreto planteado en la consulta, la oportunidad de las ventajas económicas de las operaciones, determinando, por ejemplo, que la funcionalidad de la traslación no puede circunscribirse al cambio de titularidad del patrimonio o estableciendo cortapisas apriorísticas en hipótesis en que late una identidad subjetiva en las posiciones de las entidades partícipes³⁵⁵.

Asimismo en diferentes casos³⁵⁶ ha concebido que no cabría búsqueda de una ventaja fiscal cuando la misma pudiera conseguirse asimismo por la entidad transmitente sin mediar la realización de la operación en cuestión.

Estas ponderaciones desembocan inevitablemente en la generación de un clima de inseguridad jurídica, especialmente intensificado si las operaciones se efectúan, por ejemplo, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

A título de ejemplo de la posible extralimitación en la interpretación racional del precepto, podemos aludir a la consulta DGT de 25-6-2003 (cv 0043-03), la cual, en pugna con el espíritu normativo, y con la aparente excusa de profundizar en la existencia de “motivos económicos válidos”, destaca que a una fusión le sería aplicable el régimen especial “siempre y cuando las entidades intervinientes en la operación desarrollen actividades económicas y la sociedad absorbente continúe en el ejercicio de la misma actividad que venían desarrollando por separado las sociedades participantes en la operación”. A su vez, en parecido sentido, la consulta DGT de 11-11-2003 (cv 0125-03) incide en la debida continuidad en el tiempo de

³⁵⁵ Así, por ejemplo, la consulta DGT de 12 de septiembre de 2002 (cv nº 0051-02) se pronuncia en el sentido de que “la división de la consultante en cuatro nuevas entidades, las cuales van a seguir perteneciendo a los mismos socios y en la misma proporción, no parece que logre en sí misma simplificar o racionalizar la gestión...sino más bien vendría a complicar la misma...debiendo ahora cumplir por cuatriplicado con sus obligaciones formales y materiales tanto mercantiles como fiscales”.

³⁵⁶ Podemos citar la consulta DGT de 23-1-2003 (cv 0009-03) y de 16-7-2003 (cv 0049-03).

los motivos determinantes de la operación.

Hemos resaltado que la filosofía flexible y neutral que preside la sistemática, así como las propias reglas de interpretación de nuestro Derecho tributario y de deslinde entre fraude y economía de opción, se oponen a la articulación de cortapisas apriorísticas. Las circunstancias expuestas, en todo caso, podrían representar meros indicios aislados.

De otro lado, en definitiva, la adecuada intelección del precepto puede desembocar en que la Administración no acepte por ejemplo operaciones de fusión impropia que persigan aflorar un fondo de comercio de fusión amortizable o bien que intenten trasladar pérdidas a compensar, sin que exista ninguna otra motivación.

Sin embargo esta conclusión primaria debe ser matizada. No cabe olvidar que la búsqueda de ventajas o efectos fiscales (que indirectamente redunden en privilegio) es tradicionalmente una de las causas impulsoras de estas operaciones, más allá incluso del actual marco del régimen especial, por ejemplo en relación con los efectos sucesorios inherentes a la sucesión universal.

De esta forma, a través de estas operaciones, pueden realizarse recomposiciones en las estructuras patrimoniales de las empresas con un objetivo fiscal subyacente, en el sentido de que la nueva reubicación patrimonial de activos y pasivos (por ejemplo en el ámbito de un grupo) puede minimizar en futuros períodos impositivos las cargas fiscales, merced a la más provechosa imputación de rentas fiscales derivadas de los elementos en la sede subjetiva en que se inscribe la universalidad patrimonial.

A su vez ello puede obviamente responder a una opción fraudulenta o bien a

una economía de opción. En cualquier caso el diseño se lograría simplemente gracias a la traslación jurídica incardinada. Así pues concebimos que sólo podría prevalecer la orientación de la cláusula si se ha aprovechado alguna de las aristas inherentes al tejido estructural del diferimiento.

Por ejemplo si se trasladan pasivos fiscales gracias al impulso natural de la sucesión universal, aunque el Art. 104 LIS remache dicho efecto, no cabría aparentemente escudarse en la cláusula antifraude, aunque sí lógicamente proceder a la privación del régimen, en su caso, bajo las coordenadas genéricas que proporciona nuestro Derecho Tributario. Si, por el contrario, la subrogación en pasivos fiscales deriva del imperio del Art. 104 LIS entonces la cláusula antifraude resultaría plenamente operativa.

Los efectos connaturales a la propia estructura jurídica de los negocios (y no puntualizados por el régimen o interrelacionados con el mismo) no debieran verse alcanzados tampoco por la cláusula.

Ahora bien, en referencia al ejemplo destacado, podría jugar el Art.110.2 asimismo si se vulnerase lo que denominamos “primer compartimento” del sistema, es decir las definiciones de las operaciones, aun cuando ello sólo pudiera deducirse de un análisis exhaustivo. A tal efecto podemos atender al Art. 97.4 LIS que, como subrayamos, solicita para la rama de actividad una coherencia financiera en la atribución de pasivos.

De la misma manera la transmisión puede conducir a una situación que permita el aprovechamiento de determinadas ventajas tributarias. Por ejemplo a través de una operación de escisión puede desembocarse, a causa de la desagregación patrimonial, en varios sujetos de derecho cuyas características individualizadas permitan el acogimiento al régimen de empresas de reducida

dimensión del Impuesto sobre sociedades.

Estos diseños, primero, dimanar de la transmisión, en sí misma, y se desconectan del ámbito del diferimiento (ceñido a las rentas susceptibles de afloración por las operaciones y al diseño técnico jurídico de éstas) y, segundo, pueden conseguirse sin especialidad mediante otras herramientas jurídicas.

En definitiva cabe entender que las pautas interpretativas que proporciona la cláusula antifraude (en cuanto proceda) deben proyectarse estrictamente sobre aquellas situaciones que exploten artificiosamente aristas exclusivas del régimen fiscal especial. No debieran proyectarse, sin más, sobre toda la casuística tributaria interrelacionada con las construcciones contractuales recogidas en el ámbito objetivo del régimen.

Estas opiniones no resultan impedimento para que reconozcamos que el principio de neutralidad se opone a la estructuración artificiosa de las operaciones para la consecución de una ventaja fiscal, aunque la misma se apoye en aspectos no engarzados al diferimiento estricto. De hecho precisamente esta pauta interpretativa sí debiera cobrar relevancia.

4.4 Los instrumentos de recalificación administrativa en este contexto.

Pérez Royo³⁵⁷ sintetiza que los instrumentos o formas de reacción del ordenamiento jurídico ante el fraude de ley, en el ámbito tributario, son fundamentalmente dos: el de la tipificación de presupuestos de hecho subrogatorios o complementarios y el de la cláusula general de prohibición en términos generales.

En nuestro marco, por una parte, el legislador ha tratado de precisar en la

³⁵⁷ Pérez Royo F. (Derecho Financiero y Tributario. Parte General. Segunda edición, Editorial Civitas, Pág.97).

redacción del articulado, normando con precisión para obviar tanto vías elusivas como desequilibrios de imposición. Ahora bien, una vez concluida esa tarea, introduce el broche de la cláusula del Art. 110.2.

En realidad flota una manifiesta preocupación acerca del cumplimiento del espíritu normativo, ya porque el interés último protegido no consista en una verdadera reestructuración ya porque obedezca a un impulso eminentemente tributario, teniendo en cuenta la multitud de planos en que podría inscribirse el interés fiscal.

En este sentido, desde una perspectiva teórica, podrían insertarse condicionantes objetivos a la efectividad de la sistemática que apuntalasen determinadas precauciones. No obstante estos condicionantes supondrían imperfecciones técnicas, cortapisas a la libertad contractual difícilmente conciliables con el objetivo de neutralidad, máxime cuando el Derecho Mercantil de Sociedades incorpora una importante versatilidad y nuestro Derecho fiscal se inspira en el mismo principio.

De este modo, por ejemplo, la pronta enajenación de activos tras la operación tutelada o el hecho de que coincidan los socios de las entidades transmitente y adquirente no delatan, en ningún caso, la existencia de fraude fiscal³⁵⁸.

Se debe proceder pues a un análisis global del rico mosaico de datos probatorios, como los actos de disposición previos o posteriores a la operación, siempre desplegando un criterio de calificación jurídica. A tal efecto deberán observarse las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la

³⁵⁸ En esta línea (en el marco de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997) una de las alegaciones de la Administración neerlandesa radicaba en que la finalidad última de la operación no consistía en fusionar las filiales, creando una unidad mayor desde el punto de vista financiero y económico, por cuanto esa unidad ya existía dado que el administrador y socio único de las sociedades implicadas era una misma persona.

Como concluye el Tribunal tal circunstancia no debiera ser sino ilustrativa para formar el juicio.

operación, atendiendo al “proceso económico” articulado, en su caso, mediante la concatenación de varios negocios jurídicos.

Si se acredita que una superposición de negocios jurídicos (acogidos o no al régimen) económicamente imbricados entre sí apuntalan una funcionalidad preferentemente elusiva, entonces la Administración podría considerar no aplicable el régimen.

A hora bien esta conclusión deberá ir precedida de un estudio individualizado sin que quepa, con motivo de la simple identidad en el substrato económico, concebir que la selección de las concretas formas jurídicas lo ha sido con una motivación elusiva, como se desprende del automatismo de alguna consulta de la DGT³⁵⁹.

El Art. 110.2 se refiere tanto al “fraude” como a la “evasión fiscal” para comprimir, en sus contornos, toda la gama de posibilidades elusiva, englobando las distintas categorías en que puede concretarse en relación con aquellas construcciones dirigidas a minorar, diferir o eludir la carga tributaria.

En principio el fraude tributario se orienta preferentemente a la consecución de un determinado resultado económico mediante el uso de formatos jurídicos artificiosos en aras de una reducción de la tributación, “abusando” pues de las normas convencionales. Por otra parte, sin entrar en disquisiciones doctrinales, la evasión fiscal puede encajarse con aquellos comportamientos que quebrantan directamente la normativa.

En nuestro contexto, usualmente nos encontraremos ante el análisis del

³⁵⁹ La consulta DGT de 30 de julio de 2002 (cv nº 0039-02) analiza un supuesto en que una escisión es instrumento que, unido a la posterior permuta entre socios, conseguiría que el reparto del haber social entre los socios se llevara a cabo con la tributación prevista para las reestructuraciones empresariales, evitando el régimen tributario propio de la disolución y liquidación de sociedades con reparto del haber social. Según la DGT no sería de aplicación el régimen especial”.

La consulta DGT de 7 de mayo de 2001 (cv nº 0025-01) contiene un criterio análogo.

propósito que ha inspirado el negocio jurídico, teniendo en cuenta conjuntamente las circunstancias que rodearon su perfección para indagar acerca de la verdad material. Esta tarea encajará en la más sofisticada categoría conceptual de fraude o abuso fiscal de un conducto normativo, puesto que no habrá falseamiento de la voluntad negocial, nada se ocultará en este sentido, sin perjuicio de que se vulnere el ordenamiento jurídico.

Esta distinción es importante. La posibilidad de fraude debiera sustanciarse teóricamente en un expediente separado con la operatividad del procedimiento especial declarativo de la existencia de fraude de ley. La consecuencia estribaría en la directa aplicación de la ley defraudada.

De hecho, tras la promulgación de la nueva LGT, de acuerdo con lo revisto por su Art. 15, nos hallaríamos, con carácter general, en la órbita de la figura denominada como conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

La evasión, por ejemplo consistente en el quebrantamiento directo de un requisito normativo, podría resolverse en un procedimiento inspector ordinario, desembocando en la regularización y una posible infracción tributaria sancionable incluso a título de simple negligencia de acuerdo con Art. 77.1 LGT.

En el ámbito de los negocios jurídicos anómalos, para concluir acerca de la herramienta de recalificación idónea, podemos referirnos a la simulación (Art. 25 LGT), el negocio indirecto y el fraude de ley (Art. 24 LGT). En este marco generalmente las operaciones (en atención, por ejemplo, a su complejidad estructural) no podrían ser recalificadas otorgándoles la tributación de un negocio distinto. Simplemente en el caso de que se privara del régimen especial operaría el régimen fiscal “genérico”.

La simulación jurídica consiste en crear una ficción para ocultar una realidad.

Sin embargo los actos ejecutados en fraude de ley son queridos por los contratantes, aunque a través de ellos se persiga un resultado beneficioso burlando una norma imperativa. En nuestro contexto habitualmente nos hallaremos en la segunda categoría.

Así pues el cauce de recalificación normal será el del expediente de fraude de ley. El correspondiente procedimiento reglado justificará la conclusión adoptada y los medios de análisis escogidos. Habría que acreditar el abuso del molde articulado con el “principal” motivo fiscal, en el sentido de que éste ha sido el esencial elemento que ha motivado el diseño jurídico privado.

En esta línea en primer lugar debiera atenderse a la correcta interpretación de la normativa del régimen, incluyendo su idónea intelección bajo el potente foco que proporciona el remachado principio de neutralidad. En otro caso, en principio, la Administración se vería abocada a recurrir al expediente de fraude de ley.

En efecto nos hallaríamos ante operaciones mercantiles, cuya génesis encuentra armonioso cobijo en la normativa jurídico privada, las cuales aparentemente brindan cobertura para la defraudación de una norma tributaria, esto es, generalmente, la que determina el régimen genérico de imposición asociado a la perfección del negocio jurídico.

Lo que no parece necesariamente justo es que el recurso al procedimiento del fraude de ley conlleve la omisión de sanciones de conformidad con el Art. 24.3 LGT³⁶⁰.

Una vez admitida la institución del fraude de ley como mecanismo idóneo de recalificación, debemos comentar que (de acuerdo con la tesis sostenida por Falcón

³⁶⁰ La resolución del TEAC de 25 de febrero de 2000 resalta que no procedería sanción en la regularización de incrementos por fusión porque no hubo ocultación y la norma es muy compleja.

y Tella³⁶¹), su utilización debiera ser necesariamente restrictiva, pudiendo pues únicamente gravarse aquellos supuestos a que el legislador, por muy diligente que fuera, no podría haber llegado, mientras que los meros defectos de técnica legislativa supondrían la exclusión de gravamen³⁶².

De seguir esta línea habría que excluir la aplicación del mecanismo para todos aquellos puntos en que se ha estirado al límite la cautela normativa, cubriendo expresamente supuestos elusivos potenciales (por ejemplo en los extremos regulados acerca de la transmisión del derecho a compensar bases imponibles negativas), puesto que el legislador (consciente de la dificultad probatoria) ha cercenado ya determinadas vías de diseño y resuelto problemas calificadorios individualizados.

En este marco debe reconocerse el semillero de problemática fiscal que late en la materia. En cualquier caso habría que aceptar que aquellos hitos estructurales, para los cuales el acabado normativo ha sido particularmente trenzado y acotado admiten una mayor dificultad de recalificación.

En definitiva debemos reiterar que el principio de neutralidad debe naturalmente enfocar la interpretación y orientar acerca de la resolución de cuestiones individualizadas, erigiéndose en un verdadero parámetro endógeno al sistema.

El recurso a este eje interpretativo puede cimentar la posibilidad de

³⁶¹ Como es sabido, muy sintéticamente, existen dos posiciones doctrinales, una minoritaria encabezada por Falcón y Tella R., que defiende una diferenciación absoluta respecto a la figura del Art. 6.4 Cód. Civil, y la otra que mantiene la identidad básica entre ambas figuras.

La tesis de Falcón y Tella hace recaer sobre el legislador la prevención de maniobras elusivas, reservando la entrada en juego de la institución del fraude de ley a supuestos residuales.

³⁶² Falcón y Tella R. (Quincena Fiscal nº18, Octubre 1995, nº 17, editorial "El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el Art. 6.4 CC") destaca que el fraude de ley "no puede ser concebido como un remedio frente a los defectos de técnica legislativa, sino como un mecanismo de cierre del sistema que permite gravar aquellos hechos a los que ni ha llegado ni, por muy diligente que fuera, podría haber llegado el legislador".

recalificación aun sin previsión normativa expresa, obviando el recurso al procedimiento del fraude de ley, pues la solución dimanaría de la adecuada interpretación de la normativa. Sin embargo en este supuesto la motivación debiera ser especialmente elaborada y rigurosa.

4.5 Regularización administrativa.

Una comprobación administrativa, teóricamente, podría respetar el eje central de la aplicación del régimen y desgajar, sin embargo, piezas liquidables bien ajenas a la dinámica de diferimiento o bien engarzadas a extremos muy específicos del régimen especial. Por ejemplo en la hipótesis de renuncia parcial la gama posible de la regularización administrativa es extensa.

La vía administrativa habitual deberá apoyarse en un expediente de fraude de ley, a no ser que un procedimiento inspector “ordinario” pueda acreditar el componente elusivo, ya sea porque el diseño de la operación violente las condiciones de admisión (como por ejemplo si la aportación fuese realizada por empresario persona física que no llevase contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de Comercio o lo fue de elementos no afectos) ya por la “sencillez” probatoria.

En todo caso la privación del régimen especial conllevaría la entrada en juego de la esquemática genérica del IS. En principio debería producirse el restablecimiento de la tributación genérica, redundando esta solución, desde un segundo plano, sobre la “situación tributaria” de una u otra sociedad, contemplando la operación en su conjunto.

De otro lado hemos resaltado que es frecuente (fundamentalmente en el seno de Grupos) que se efectúen varias operaciones de reestructuración a modo de fases de una “operación económica”. Por ejemplo se escinda una división empresarial de

una sociedad para posteriormente fusionarla con otra.

Evidentemente, no obstante el lazo fáctico, cada operación jurídica debería ser calificada independientemente, sin perjuicio de que el entramado global de superposición de construcciones contractuales pudiera delatar la presencia de una finalidad elusiva referida a cada operación jurídica. En cualquier caso, en cuanto trascienda, en principio parece que el criterio interpretativo vertido en el Art.110.2 sólo debiera prosperar respecto de la operación susceptible de diferimiento.

No obstante entendemos que asimismo debiera volcarse sobre las hipotéticas ventajas tributarias en última instancia dimanantes del régimen especial, con independencia de que sea una operación no tutelada (o incluso no contemplada como apta para ser incluida en la sistemática) la que ultime el “proceso económico”, siempre y cuando la “ventaja” se haya generado inequívocamente a través del aprovechamiento del tejido del diferimiento.

El sistema se extiende a tributos distintos del IS (IVA, ITPAJD, IIVTNU), en cuyo seno el broche técnico que inserta para inhibir la carga tributaria se desliga de la efectiva acogida, requiriendo sólo la potencial compresión del negocio jurídico en su órbita. Podemos preguntarnos el efecto de una comprobación administrativa ceñida al IS, en cuyo contexto se priva de la posibilidad de amparo al régimen especial.

Podemos interpretar o bien que el requisito de la susceptibilidad de acogida conlleva paralelamente la necesidad de que el formato contractual pueda superar limpiamente cualquier comprobación administrativa, anudada a la corrección del encaje de las operaciones en el diferimiento, o bien que simplemente se requiere

cumplimentar las definiciones de los negocios, aunque su desarrollo estructural esté viciado en algún extremo y exista regularización asociada en el específico marco del IS.

Consideramos que el efecto de privación del régimen (con la consecuencia de que no podrían prosperar los mecanismos de no sujeción en el IVA etc) sólo se extendería a los tributos distintos del IS cuando el vicio determinante de la regularización radique en la construcción de las envolturas contractuales a efectos de su encaje conceptual en el régimen especial (que es el basamento que permitirá el despliegue del régimen en cuanto perfila el perímetro sobre el que puede volcarse) y no cuando derive de otros aspectos, sin perjuicio de que frecuentemente el juicio administrativo descansaría en una constelación de presupuestos difícilmente susceptibles de disección.

CAPITULO VII.

Evidentemente la mayor parte de la problemática que plantea el régimen gira en torno a la imposición sobre la renta. En cualquier caso como el desarrollo de las operaciones puede generar manifestaciones de riqueza abarcadas por diversos hechos impositivos de nuestro sistema, ello compelerá al legislador a perfilar su proyección sobre semejante esfera.

Ahora bien los “privilegios” incardinados se desconectan de la efectiva operatividad del régimen especial. El legislador configura un estatuto original y estable para estas concretas operaciones.

El legislador cuaja el imperativo del diferimiento o no tributación refugiándose en las técnicas que estima acordes con la naturaleza y estructura interna de las figuras impositivas (no sujeción en el IVA, exención el ITPAJD y “no devengo” en el IIVTNU).

En síntesis, más que ante un objetivo de neutralidad, cabe esgrimir que nos encontramos ante el otorgamiento de un importante grado de privilegio el cual, sin perjuicio de las reflexiones positivas de otra índole que merezca, puede comunicar distorsiones sobre la libre selección de los negocios jurídicos en el tráfico. Precisamente se choca con una vertiente de la neutralidad ideal al premiar unos canales contractuales sobre otros de similar substrato económico.

1. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA).

1.1 Consideraciones previas.

Las transmisiones patrimoniales derivadas de estas operaciones, incardinadas en una esfera empresarial, ocasionarían en principio el devengo sin peculiaridad de este impuesto, de conformidad con la definición de entrega de bienes tipificada en

el marco del hecho imponible, en relación con las “entregas” de una amplia modalidad de elementos comprendidos en la riqueza transferida.

Debemos analizar si el hecho de que el objeto transmitido sea una unidad patrimonial o bien de que el cauce traslativo pueda estar comprendido en un régimen muy específico engarza con alguna excepción normativa.

En esta línea debe considerarse que ya de por sí la traslación de un patrimonio empresarial complica la mecánica del impuesto pues, en principio, obliga a atomizar la regulación aplicable, en función de la naturaleza de los bienes transmitidos, a efectos de la determinación del régimen tributario, tipos impositivos etc.

El legislador comunitario (Art. 5.8 de la sexta Directiva) faculta para que los Estados miembros consideren que en la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes no se ha materializado una *entrega de bienes* gravable, sino una sustitución o subrogación en la cual el beneficiario suplanta la postura del cedente.

Nuestro ordenamiento (Art.7.1.a) LIVA), con carácter general, sólo permite el juego de la no sujeción para la transmisión de universalidades totales (autorizándose en todo caso el desgaje de elementos no significativos) en favor de un solo adquirente que además debe continuar el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales desempeñadas por el transmitente.

Ahora bien si el título que ampara la traslación está comprendido entre las operaciones tipificadas en el Art. 97 LIS entonces, excepcionalmente, se permite que prospere la no sujeción para ciertas cesiones, tanto de universalidades totales como parciales (concretamente, en este segundo caso, de ramas de actividad).

De esta forma, en caso de potencial proyección del régimen especial, puede inhibirse, en contraste con el tenor estricto del Art. 7.1.a) LIVA, según la

operación, tanto la obligación de transmisión del patrimonio preexistente básicamente intacto, como la de efectuarlo a favor de un solo adquirente, e incluso la de la continuidad en el desarrollo de la actividad económica. Por ejemplo la fusión no requiere la persistencia del objeto social ni, por consiguiente, que el patrimonio adquirido se destine a la misma actividad económica.

En definitiva tenemos que diferenciar dos previsiones: una connatural a la estructura del IVA (Art.7.1.a)) y otra introducida en conexión con nuestro régimen (Art.7.1.b)). Descartamos la aplicabilidad del Art. 7.1.c) LIVA³⁶³ por el hecho obvio de que estas operaciones societarias constituyen obviamente actos inter vivos. Además como resalta Ruiz Zapatero ³⁶⁴ la oposición clasificatoria inter vivos/mortis causa sólo tiene sentido técnico respecto a los actos jurídicos relacionados con las personas físicas.

1.2 El artículo 7.1 LIVA. La no sujeción y las particularidades intrínsecas de las operaciones de reestructuración.

De acuerdo con el Art. 7.1 de la Ley 37/92 no estarán sujetas al impuesto las siguientes transmisiones de bienes y derechos:

“a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente”.

Se trata de tutelar la continuidad en la actividad empresarial evitando

³⁶³ De acuerdo con el Art.7.1.c) LIVA no estarán sujetas al impuesto “c)La transmisión mortis causa de la totalidad o parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, realizada en favor de aquellos adquirentes que continúen el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente”.

³⁶⁴ Ruiz Zapatero G. "La escisión de sociedades y el Iva", Impuestos, 1989, tomo I, pág.216).

problemas de liquidez para el nuevo adquirente. Obviamente la posible comprensión de supuestos fácticos relativos a las operaciones de reestructuración lo sería de manera indirecta. Aparentemente sólo podría, en su caso, englobar a la fusión.

En la misma línea podría resultar aceptable, a estos efectos, la disolución con cesión global del activo y del pasivo de una entidad que transmite su patrimonio a la sociedad titular del 100 por 100 de su capital.

Sin embargo debemos entender que en caso de que una fusión admita la proyección de la no sujeción en virtud tanto de este precepto como del siguiente, interrelacionado con el diferimiento (sin perjuicio de que se llegue al mismo resultado), ante dicha superposición, siempre debería prevalecer la regla más específica, esto es la del Art. 7.1.b) LIVA, excepto en hipótesis teóricas de fusiones mercantiles pero no fiscales.

2)” La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a que se refiere el artículo 1 de la Ley 29/991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título primero de la citada Ley.

A los efectos previstos en esta letra, se entenderá por rama de actividad la definida en el apartado cuatro del artículo 2 de la ley mencionada en el párrafo anterior”³⁶⁵.

³⁶⁵ A su vez la Disposición Adicional Octava.1 de la Ley 43/1995 establece que “las referencias que el artículo 7.1.b), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, hace a las operaciones del artículo 1 y a la definición de rama de actividad del artículo 2, apartado 4, de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y

Podemos desagregar dos compartimentos dentro del precepto. En primer lugar la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, que conecta con las operaciones de fusión y escisión total³⁶⁶. El artículo no resulta preciso al no incidir en el rasgo nuclear de la extinción jurídica del sujeto transmitente, ya que una aportación no dineraria puede incluir el patrimonio íntegro de una persona jurídica o todo el patrimonio empresarial de una persona física. Ahora bien, en cuanto pudiese trascender, en coherencia con la redacción antedicha, cabe entender que la aportación no dineraria de la totalidad de un patrimonio empresarial estaría no sujeta en virtud de esta concreta previsión.

Por otra parte el artículo alude a “la transmisión de elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente”. El supuesto se centra, no obstante, en la exigencia de que la operación esté comprendida en el Art. 97 LIS.

No cabe, por ejemplo, incluir a la compraventa de una rama de actividad. La previsión es pacíficamente extensiva a las aportaciones de ramas de actividad efectuadas por empresarios individuales en los términos que conocemos.

El concepto de rama de actividad, como eje medular determinante de la virtualidad de la no-sujeción, es un concepto originario del IS en donde hunde sus raíces (Art. 97.4 LIS). No existe paralelismo alguno, por ejemplo, con el concepto

Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el título primero de la citada Ley, se entenderán hechas al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores definidos en el artículo 97 de la presente Ley”.

³⁶⁶ La redacción originaria del Art. 5.1 de la primitiva Ley 30/1985 planteaba dificultades en torno a la admisión de la operación de escisión conforme a la Ley 76/1980.

Según este artículo no estaba sujeta”: La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, realizada a favor de uno o varios adquirentes cuando éstos continúen el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando se trate de transmisiones realizadas por actos intervivos si el patrimonio se transmite por partes a distintos adquirentes”.

Aparentemente en las escisiones parciales faltaba el requisito de que se transfiriera todo el patrimonio societario, mientras que la literalidad del segundo párrafo cerraba la puerta de la no sujeción a las escisiones totales. En cualquier caso diversos autores defendieron la extensión del precepto a la escisión.

de sectores diferenciados del Art. 9.1.c) LIVA.

La alusión del articulado al concepto de rama sustrae implícitamente a la aportación no dineraria especial del disfrute del ámbito de la no sujeción, lo que se corrobora mediante la exclusiva remisión al Art.97. Además la Disposición Adicional octava.2, en relación con el ITPAJD, cuando especificaba el ámbito objetivo de la exención en este impuesto aclaraba que las referencias efectuadas a las operaciones de fusión y escisión se entenderán hechas “al artículo 97, apartados 1, 2, 3 y 5, y al artículo 108 de la presente ley”.

De esta forma, a sensu contrario, desde una interpretación tanto literal como sistemática se desprende la conclusión antedicha. Las aportaciones no dinerarias especiales pueden resultar gravadas en virtud del Art. 8.2.2 LIVA.

El hecho de que la aportación no dineraria del Art. 108 LIS se halle sujeta se relaciona con el carácter residual de la categoría, pero también se basa en criterios de coherencia técnica, en cuanto el objeto de la transmisión no sería necesariamente una universalidad de bienes. La operación estaría sujeta con independencia de que concurriesen los presupuestos determinantes de la exención (por ejemplo transmisiones de bienes inmuebles que tuviesen la consideración de segunda entrega).

Cabe resaltar que existe, no obstante, un margen a la duda. En esta línea la consulta DGT de 10 de noviembre de 1999 (nº 2112-99) interpretó que las operaciones contempladas en el Art.108 LIS estaban no sujetas a IVA.

Por su parte, de acuerdo con el tenor del articulado, la operación de canje de valores se hallaría sujeta a IVA, sin perjuicio de que operase la exención prevista en el Art.20.uno.18ª LIVA, dado que se transmiten valores representativos de

participaciones en el capital de sociedades. La consumación de esta operación exenta podría repercutir sobre la aplicación de la regla de prorrata a la hora de computar el IVA soportado deducible.

Los negocios no sujetos a IVA son los susceptibles de encaje en la definitiva fiscal. De conformidad con el Art.97 LIS, el perfil conceptual de la fusión comprende, sin especialidad, a las operaciones de disolución sin liquidación y con cesión global del activo y del pasivo³⁶⁷ a favor del socio único, ya opere o no la efectiva aplicación del régimen especial.

Asimismo, conforme al Art. 7.1.b) LIVA, tanto la escisión total como la parcial, así calificadas en la esfera tributaria, se hallan no sujetas por cuanto en la primera se materializa la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial y en la segunda la transmisión de una o varias ramas de actividad.

La atribución de valores (propia de la fusión y escisión) efectuada a nivel de los socios de la entidad transmitente no es contemplada explícitamente por el articulado, el cual se refiere a la transmisión patrimonial en bloque de la totalidad del patrimonio o de los elementos patrimoniales afectos, de la que la atribución de valores materializa el contrapeso. Ahora bien, en cualquier caso, dicha transmisión de valores estaría, en todo caso, exenta de conformidad con lo dispuesto por el Art.20.uno. 18ª LIVA.

La construcción de la no sujeción engarza con las operaciones que tengan derecho al régimen tributario regulado, desentendiéndose de que efectivamente se

³⁶⁷ La consulta DGT de 2 de febrero de 1995 denegó esta asimilación en relación con este impuesto.

La consulta DGT de 5 de abril del 2000 resume que la disolución de una sociedad sin liquidación con cesión global de activos y pasivos "... aunque no pueda calificarse propiamente de fusión por la normativa mercantil, está incluida en el concepto de fusión del Art. 97 LIS."

amparen.

Navarro egea³⁶⁸, sin embargo, entiende que “... del tenor literal del precepto (“siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario...”) Se descubre otro efecto añadido a los ya atribuidos a la comunicación previa al Ministerio de Hacienda del Art.110... la presencia de este condicionamiento formal en el texto legal nos puede llevar a pensar que a contrario sensu su ausencia basta para determinar la sujeción de la operación al IVA”.

La polémica se enmarca en la anteriormente confusa regulación del deber de comunicación.

La comentada Disposición Adicional Primera de la LIS extiende el régimen a las “operaciones en las que intervengan sujetos pasivos del IS que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en el artículo 97 de esta Ley”.

Entendemos pues que cabe entender perfectamente extrapolable el mecanismo de la no sujeción para dichas operaciones, en coherencia con la debida neutralidad ante los formatos jurídicos que revista la explotación. El problema interpretativo radica en determinar si el natural perímetro del “régimen” se extiende a este concepto impositivo. En cualquier caso, una interpretación sistemática, nos hace corroborar lo antedicho.

1.3 Régimen ordinario de tributación.

En este marco (tampoco para el resto de impuestos indirectos) no podemos

³⁶⁸ Fiscalidad de ..., op.cit.Pág.283.

hablar propiamente de régimen genérico y específico de tributación, acepción circunscrita al IS. En principio la perfección de una operación susceptible de tutela, conforme al Art. 97 LIS, determinaría la entrada en juego de la no sujeción.

Evidentemente, conforme al Art. 4.2. b) LIVA, las transmisiones aludidas entran de lleno, desde un plano de potencialidad, en la órbita del IVA, pues se trata de actos de disposición sobre un patrimonio empresarial. No obsta a esta conclusión el hecho de que puedan constituir el último acto de disposición de la vida empresarial del sujeto transmitente^{369 370}.

Por otra parte el Art. 8.Dos.2ª LIVA subraya que se considerarán entregas de bienes “Las aportaciones no dinerarias efectuadas por los sujetos pasivos del impuesto de elementos de su patrimonio empresarial o profesional a sociedades o comunidades de bienes o cualquier otro tipo de entidades...”.

Este artículo delimita qué cabe entender por “entrega de bienes” y, por consiguiente, conecta, implícitamente, con el perímetro del hecho imponible delimitado en el Art.4.1 LIVA. A su vez podemos considerar que el Art.7.1.b) complementa a la regla del Art.8.dos.2º.

Por lo demás la operación en cuestión estaría sujeta al concepto Operaciones Societarias del ITPAJD, esté o no sujeta al IVA.

En caso de sujeción al IVA la base imponible se determinaría conforme a las reglas del Art. 78.Dos.7ª LIVA que especifica que en el cómputo de la misma se

³⁶⁹ En tal sentido se pronuncian por ejemplo Ignacio y Juan Zurdo Ruiz-Ayúcar Y E.Jiménez Reyna (“Aplicación del IVA en la transmisión del patrimonio empresarial... “ op.cit.pág.189).

³⁷⁰ Lo anterior sin perjuicio de la aislada tesis vertida en la sentencia del TS de 1-10-1996. Esta sentencia estimó que la transmisión en bloque del patrimonio de una empresa a un solo adquirente era una operación no sujeta a IVA, pero sí sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto “Transmisiones Onerosas”.

incluirá en el concepto de contraprestación “el importe de las deudas asumidas por el destinatario de las operaciones sujetas como contraprestación total o parcial de las mismas”.

Asimismo habría que atender a la naturaleza de la contraprestación (dineraria, no dineraria, o parcialmente dineraria) para cuantificar la base imponible de acuerdo con el precepto en cada caso aplicable. Por ejemplo el limitado reverso metálico de la contraprestación estaría no sujeto de acuerdo con el Art. 7.12 LIVA que declara no sujetas “las entregas de dinero a título de contraprestación o pago”.

1.4 Disposiciones que concretan el perímetro de la subrogación.

De acuerdo con el Art. 7.1 LIVA “Los adquirentes de los bienes comprendidos en las transmisiones que se beneficien de la no sujeción establecida en este número se subrogarán, respecto de dichos bienes, en la posición del transmitente en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 20, apartado uno, número 22 y en los artículos 104 a 114 de esta ley”.

A su vez el Art.107.5 LIVA pone de relieve que lo dispuesto en este artículo (respecto de la regularización de deducciones por bienes de inversión) “... no será de aplicación en las operaciones a que se refiere el artículo 7, número 1º de esta Ley, quedando el adquirente automáticamente subrogado en la posición del transmitente. En tales casos, la prorrata de deducción aplicable para practicar la regularización de deducciones de dichos bienes durante el mismo año y los que falten para terminar el período de regularización será la que corresponda al adquirente”.

Por su parte el Art.110.cuatro LIVA resalta (en relación con las entregas de

bienes de inversión durante el período de regularización) que “Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación, en ningún caso, a las operaciones a que se refiere el artículo 7, número 1º de esta Ley”.

En principio la transmisión, en sí misma considerada, acarrearía repercusiones técnicas indeseables sobre la estructura del IVA. La solución radica, una vez más, en arbitrar una suplantación global. Se enerva la transmisión derivada y los consiguientes efectos arrastrados, para no perturbar el normal funcionamiento del tributo y evitar proyectar efectos indeseables. La solución expuesta tal vez podría haberse deducido, sin más, del proceso subrogatorio, pero cabe aplaudir su regulación expresa ³⁷¹.

En tal sentido la transmisión de edificaciones englobadas en la transmisión unitaria no tendrá la consideración de primera entrega. La transmisión no alterará un extremo de la posición jurídico tributaria de la entidad cedente. La ulterior transmisión que realice ésta se hallaría así sujeta y no exenta de IVA.

Este extremo podría revestir una relevancia primordial. Si la traslación jurídica que implica la operación conllevara la consumación de dicha primera entrega, ello supondría una ruptura de la mecánica de funcionamiento del IVA y una violencia sobre la neutralidad buscada.

Asimismo la transmisión no alterará la prorrata aplicable a la actividad del sujeto pasivo, pues lo contrario podría acarrear asimismo importantes distorsiones técnicas.

³⁷¹ La Exposición de Motivos de la Ley 37/1992 del IVA, en relación con las conocidas transmisiones, destaca que “La regulación de este beneficio en la legislación anterior no estaba suficientemente armonizada con la sexta Directiva, que prevé en estos casos la subrogación del adquirente en la posición del transmitente respecto de los bienes adquiridos”.

1.5 Naturaleza del mecanismo de inhibición de la carga tributaria.

No resulta muy clara la configuración explícita de la técnica seleccionada por el Art.7.1.b) LIVA como de no sujeción, en aras de la materialización de los imperativos extrafiscales. En teoría dicha técnica responde a que la concreción de la autonomía negocial no cristaliza en una realidad jurídica o económica abarcada por el hecho imponible tipificado en la norma. Por tanto, de conformidad con el Art. 29 LGT, ayuda a delimitar sus perfiles negativos.

Sin embargo en este contexto, se exceptúa expresamente el devengo de un gravamen, descansando el rasgo distintivo no en el objeto transferido ni en las características íntimas de la traslación sino en el título traslativo. La venta de una rama de actividad está sujeta y no exenta a IVA y, en cambio, su aportación no dineraria está no sujeta. Esta constatación pugna con la lógica técnica de este impuesto, poco tendente a discriminaciones artificiales de esta índole.

Además dicha técnica se traduce en un innegable beneficio fiscal, al menos en términos de repercusión sobre la tesorería de la empresa, mientras que, habitualmente, no debe sino asépticamente perfilar el perímetro del hecho imponible.

Existen dos causas fundamentales, como ha resaltado la doctrina, que han impulsado al legislador a instaurar esta “no sujeción”. En primer lugar el ingente coste financiero que podría generarse para el sujeto adquirente. En segundo lugar existen (en un plano teórico) interesantes consideraciones, ligadas a la esencia del negocio, que hacen pensar en la posibilidad técnica de no apreciar una entrega de bienes sujeta y por tanto, más allá de la apariencia primaria, no realizado el hecho imponible.

En efecto podría entenderse que no existe sino una subrogación en las

relaciones con la Hacienda Pública.

En este sentido el Art. 5.8 de la Sexta Directiva de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, contempla la posibilidad de que los Estados miembros opten por no sujetar al impuesto determinadas transmisiones de patrimonios empresariales. Según este precepto: “Los Estados miembros pueden considerar que con motivo de la transmisión a título oneroso o gratuito bajo la forma de aportación de una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes, no se produce entrega de bienes y que el beneficiario continúa con la personalidad del cedente”.

Sin embargo a pesar de la nomenclatura empleada (propia de la naturaleza programática de la Directiva), respecto a la continuidad en la personalidad del cedente, éste sería en todo caso el efecto sucesorio engendrado por la transmisión jurídica.

Algún autor añade otras consideraciones técnicas en favor de la no sujeción, basadas en que lo que se transmite en virtud de estos negocios es un “todo” unitario, y que, en realidad, el objeto de la transmisión es un neto patrimonial (activo menos pasivo), no la suma de los bienes y derechos o deudas. Además la suma del valor real de cada uno de los bienes transmitidos no equivale al valor del todo³⁷².

En cualquier caso que la universalidad transferida se contemple preferentemente como un “todo” no obsta a que el IVA pudiera proyectarse sobre las entregas de bienes y derechos detectables.

Además cabría invocar a favor del no gravamen (en la fusión y escisión) la

³⁷² Así Juan Peñalosa J.L. y Domingo Solans A. en el "Iva en las concentraciones de empresas" (Citados por Navarro Egea, en: *Fiscalidad de ...* Op. Cit., Pág.280).

originalidad del dibujo jurídico, que supone la ausencia de contraprestación para aquella sociedad que traspasa el patrimonio escindido, dado que, como sabemos, la atribución de valores va dirigida a los socios de la entidad transmitente.

Observamos una cierta ligazón armoniosa entre la neutralidad intrínseca al IVA y el objetivo del régimen especial. Cabe reflexionar, por lo demás, en la peculiaridad del substrato de estas operaciones en relación con la filosofía que inspira el IVA. Este impuesto, cuyo objeto imponible es el consumo (Art.1 LIVA), grava el valor añadido ³⁷³ en cada fase del proceso de producción / consumo. En esta línea estas operaciones se desarrollan de manera *horizontal*³⁷⁴, en el sentido de que no se insertan en una fase determinada del circuito de producción sino cristalizan una *aséptica* reestructuración.

En cualquier caso estas aseveraciones no se compadecen con que la norma diferencie en función del negocio traslativo, y no ya únicamente de su naturaleza sino de su posible subsunción en un régimen. Esta característica rompe cualquier argumento técnico cimentado en la singularidad de la universalidad transferida o del negocio jurídico y demuestra que la solución adoptada se escapa de los moldes habituales de la no sujeción.

En definitiva el descarte de gravamen por este impuesto no responde a motivos técnico-estructurales sino esencialmente a consideraciones extrafiscales. Podemos entender que a pesar del tenor literal, el mecanismo cristaliza una “exención técnica”³⁷⁵.

³⁷³ La comentada sentencia del TS de 1 de octubre de 1996 argumenta que “La transmisión en bloque de una empresa que continúa activa bajo la titularidad del adquirente no afecta en absoluto a la economía productiva, pues no genera valor añadido alguno...y por eso no está sujeta al IVA...”.

³⁷⁴ Ruiz Zapatero G. destaca que (“La escisión...” op.cit.) estas operaciones “ no se inscriben, lógicamente, como tales en el proceso de producción o distribución de bienes o servicios.”

³⁷⁵ La exención técnica ha sido definida como aquella que no constituye una excepción al régimen general del correspondiente tributo sino que instrumenta la racionalidad del sistema.

1.6 Alusión al Art. 108 de la Ley del Mercado de Valores.

La transmisión de valores inherente a la estructura contractual de estas operaciones estaría, en todo caso, exenta del IVA de acuerdo con los parámetros del Art. 108 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores³⁷⁶, el cual trata de eximir de tributación las transacciones de valores, en coherencia con la corriente predominante en el Derecho comunitario.

Ahora bien, como el tráfico de valores mobiliarios a menudo se utiliza para efectuar, de hecho un tráfico inmobiliario con finalidad elusiva, el referido precepto establece unas puntualizaciones determinadas.

La transmisión de acciones o participaciones como consecuencia de un proceso de reestructuración, en principio, no es susceptible de encaje en este supuesto. El Art. 108 LMV es aplicable a supuestos de transmisión de valores que, en principio, quedarían sujetos o a IVA o al concepto TPO del ITPAJD. No se proyecta cuando se trate de operaciones sujetas a la modalidad de “Operaciones Societarias”.

La génesis del hecho imponible “operaciones societarias” (aun cuando la operación resulte exenta) impide, de acuerdo con el Art. 1.2 TR ITPAJD, la liquidación por el concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas”, incluido el supuesto específico establecido en el artículo 108 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores.

En definitiva las previsiones referentes al Art. 108 LMV no resultan aplicables a los supuestos de ampliación de capital con aportación de valores (cualquiera que sea la naturaleza de las aportaciones), porque en tal caso el hecho imponible

³⁷⁶ Determinadas resoluciones del TEAC (así los de 17 de enero de 2001, 2 de junio de 1993 y 18 de octubre de 2000) han matizado que este precepto, aunque formalmente contenido en un cuerpo legal no tributario, materialmente es de Derecho Tributario, y por tanto su interpretación no debe hacerse exclusivamente en el contexto de la LMV sino también en el del sistema tributario.

gravado es una ampliación de capital, sujeta al concepto Operaciones Societarias, y no una transmisión de valores³⁷⁷.

En esta línea cabría cuestionarse si el canje contra acciones en autocartera (en principio una permuta a efectos de calificación en el ámbito del ITPAJD concepto TPO) podría calificarse, en este marco, como aportación de acciones (y por tanto adscrito en la esfera del concepto “operaciones societarias”), lo que descartaría la virtualidad del Art. 108 LMV con motivo de la equiparación expresa a la fusión que hace el Texto Refundido del ITPAJD, que vuelca la operación, haciendo abstracción de su vertiente jurídica, en el ámbito del concepto OS para luego declararla exenta.

En principio las transmisiones de valores impulsadas por una operación susceptible de ampararse en el régimen especial escapan del círculo del ITPAJD concepto TPO. No parece que pueda aplicarse, como consecuencia del señalado precepto, “el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles”.

II. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (ITPAJD).

2.1 Introducción.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento, en sintonía con la progresiva sedimentación de los concepto jurídico-privados a que se aferra este impuesto, de

³⁷⁷ Así lo destaca la resolución del TEAC de 19 de julio de 2000 (Nº recurso: 5195/1999). En el mismo sentido la consulta DGT de 27 de mayo de 2002 (cv nº 0019-02) o la consulta DGT de 23 de mayo de 2000 (nº 1182-00).

substrato jurídico, se ha encontrado a la hora de calificar la fusión, a efectos del ITPAJD, ante el problema de la pluralidad de convenciones teóricamente susceptibles de tributación independiente (transmisión del patrimonio, de las acciones, aumento de capital, reducción de capital en la escisión, disolución, adjudicaciones en pago, para pago y en pago de asunción de deudas), hasta que triunfó la conciencia de la unidad³⁷⁸ y sustantividad de la operación aglutinadora de tales piezas que transmutan en secundarias.

En un principio se asimilaba la fusión a la constitución de una sociedad a efectos de este gravamen. Esta solución era técnicamente incoherente. En la fusión por constitución de nueva sociedad existía una realidad jurídica más rica que en la constitución societaria, mientras que en la fusión por absorción, en todo caso, el acto más visible sería el aumento de capital, el cual sin embargo ni es imprescindible ni significa sino un instrumento para cristalizar la operación compleja.

Paralelamente se ha perfilado el conjunto de operaciones societarias, desgajadas de las “transmisiones” en general, susceptibles de gravamen a efectos de este impuesto.

³⁷⁸ Por ejemplo en relación con el Impuesto de Derechos Reales (de acuerdo con el Reglamento) en el marco de la fusión de sociedades para que procediese la liquidación por el concepto de disolución y nueva constitución de sociedad era preciso el acuerdo expreso de poner en liquidación la sociedad o sociedades absorbidas, disueltas a través de la absorción, y que esta disolución trajese consigo adjudicación expresa de bienes sociales a los accionistas disconformes con la fusión.

Así pues cuando la necesaria disolución de la sociedad absorbida tuviese carácter estrictamente formal sin conllevar adjudicaciones expresas de bienes a los socios por razón de sus aportaciones no procedía la exigencia del impuesto por el concepto de disolución (quedando a salvo en todo caso las liquidaciones posibles por las adjudicaciones en pago o para pago de deudas propias de las transmisiones globales de patrimonios).

Asimismo la fusión se gravaba por el concepto de constitución societaria por aumento de capital sobre la base del haber líquido de la sociedad absorbida.

2.2 Marco normativo comunitario.

Este impuesto indirecto (lo mismo que ocurre con los restantes) no es contemplado por la Directiva 90/434, que está centrada en la imposición sobre la renta. En cualquier caso, en la esfera comunitaria, existe conciencia de las posibles distorsiones generadas por los impuestos indirectos sobre el capital y en concreto por aquellos que gravan las aportaciones o concentraciones de capitales.

La Directiva 69/335 CEE del Consejo de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, pretende armonizar los elementos concernientes a la liquidación y recaudación del tributo sobre concentración de capitales a que están sujetas las aportaciones a sociedades en la Comunidad europea, con la finalidad de evitar que las transferencias de activos entre sociedades se encuentren con obstáculos fiscales, de modo que se favorezca la concentración y reorganización de empresas.

El logro de tal objetivo conlleva la supresión de los impuestos indirectos , cualquiera que sea su forma, que presentasen las mismas características que el Impuesto sobre las Aportaciones de Capital y que recayesen (Art.10 de la Directiva) sobre las operaciones contempladas, sobre las aportaciones, préstamos o prestaciones enmarcadas en su ámbito, o bien sobre la matriculación o cualquier formalidad previa al ejercicio de una actividad a que una sociedad pueda estar sometida con motivo de su forma jurídica.

Dicha Directiva estableció en su Art. 4, en particular, que estaría sujeta al impuesto sobre las aportaciones: a) la constitución de una sociedad de capital c) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza, d) el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital, mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza, en

contrapartida no de partes representativas del capital o del patrimonio social, sino de derechos de la misma naturaleza que los de los socios, tales como el derecho de voto, o de participación en beneficios o en el remanente en caso de liquidación.

Tras una progresiva atención especial que cuajó en la articulación de un tipo reducido, el Art. 7.1 de la Directiva 85/303/CEE, en aras de la concentración empresarial, declaró que los Estados debían eximir del derecho de aportación a las operaciones que estuviesen exentas o gravadas a un tipo igual o inferior al 0,5 por 100 el 1 de julio de 1984.

Por su parte el Art. 7 de la Directiva 69/335/CEE, en su versión modificada por la Directiva 85/303, indica que estaría totalmente exenta del impuesto sobre las aportaciones la operación en virtud de la cual una sociedad de capital aporte la totalidad de su patrimonio a otra sociedad de capital en fase de constitución o ya existente, con ciertas condiciones.

2.3 La exención en coordinación con el tejido del régimen especial.

La aportación de bienes y derechos al capital de las sociedades se encuentra sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad operaciones societarias, sin perjuicio de que pueda operar el mecanismo de la exención.

El objeto imponible se centra en la formal instrumentación de la operación o acto social en sí mismo considerado, el cual desplaza conceptualmente a la transmisión patrimonial.

Los artículos 19.1.1º TR ITPAJD y 54.1.1º del Reglamento del ITPAJD consideran como operaciones sujetas al concepto operaciones societarias del

ITPAJD, representativas de un concreto catálogo del ciclo vital de las personas jurídicas, “La constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades”.

De acuerdo con el Art. 21 TR ITPAJD”: A los efectos del gravamen sobre Operaciones Societarias tendrán la consideración de fusión y escisión las definidas en los apartados 1,2 y 3 de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas”.

La pieza nuclear en torno a la que gravita la esquemática, a pesar de gravarse estas envolturas jurídicas, estará representada, en todo caso, por la cifra de capital fijada u objeto de aumento, que es el eje de atención preferente para la medición de la capacidad económica manifestada.

El enlace gravita, de nuevo, respecto a la nota de potencialidad de aplicación. El Art. 45.I.B).10 del TRITPAJD (y 88.I.B).10 del Reglamento) completa el esquema. De acuerdo con este artículo estarán exentas”: Las operaciones societarias a que se refiere el artículo 21 anterior, a las que sea aplicable el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas”³⁷⁹.

La solución seleccionada implicará desviar negocios como las aportaciones y el canje de su ordinario cauce, que sería la tributación del consiguiente acto de constitución societaria o aumento de capital como hecho imponible autónomo (no

³⁷⁹ Asimismo según la Disposición Adicional octava .2 de la LIS: “Las referencias que el artículo 21 y el artículo 45.1.b).10 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados hacen a las definiciones de fusión y escisión del artículo 2, apartados 1,2 y 3, de la Ley 29/1991, de 16 de septiembre, de Adecuación de determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, se entenderán hechas al artículo 97, apartados 1, 2, 3 y 5, y al artículo 108 de la presente ley y las referencias al régimen especial del Título Primero de la Ley 29/1991, se entenderán hechas al Capítulo VIII del título VIII de la presente ley”.

la aportación en sí como acto traslativo).

No se comprende bien, aunque ello carezca de trascendencia práctica, esta solución técnica. Los efectos perseguidos podrían ser idénticos (la extensión de la exención) sin por ello privar de autonomía conceptual a los negocios distintos de la fusión y escisión encasillados en el régimen.

Una motivación puede ser el original concepto vertido en la LIS que conlleva, en este contexto, la tributación de ciertas operaciones de permuta como “aportaciones no dinerarias”. De esta manera se gravaría, excepcionalmente, en el impuesto sobre operaciones societarias dicha *permuta*, en vez de en el ámbito del concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas, que grava la circulación de bienes y derechos, o en el IVA.

Así pues las operaciones de fusión, escisión, aportación de rama de actividad³⁸⁰, canje de valores e incluso las aportaciones no dinerarias especiales³⁸¹ están exentas. El mecanismo implica un grado reconocido de privilegio pues se declara exento un acto previamente sujeto, una vez realizado el hecho imponible.

Sin embargo la aportación no dineraria especial, a tenor de lo indicado por la Disposición adicional 8ª de la LIS vigente a partir de uno de enero de 2003, estará sujeta y no exenta.

En cualquier caso, en principio, el desarrollo estructural de la operación la va a reenviar, en principio, inexorablemente, a la red de la exención. La posible tributación de una operación, que pudiera acogerse al régimen especial, quedaría

³⁸⁰ González Rossell López A. (“Comentarios al nuevo Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, Praxis Fiscal, 1993 (3) Pág.3/733) destaca que en virtud de la remisión del Art. 21 TR podría entenderse que se sujetan a gravamen las operaciones de fusión, escisión y aportaciones de ramas, pero que a la hora de declarar la exención sólo están la fusión y escisión. Como dicha interpretación carecería de sentido se aclara dicho precepto en el TR.

³⁸¹ La resolución del TEAC de 19 de julio de 2000 (transcrita en Impuestos, marzo 2001, nº 6, Pág. 103) reitera que es inobjetable que las aportaciones no dinerarias especiales a que se refiere el Art.108 LIS están incluidas en la exención del ITPAJD concepto Operaciones Societarias prevista en el Art.45.I.B).10 del Texto Refundido de 1993, porque así lo establece la disp.dic.8º, ap.2, de la Ley del IS.

reservada, por ejemplo, para operaciones mercantiles de fusión que no ostentasen tal calificación fiscal, o bien, dentro de una operación unitaria de aportación, para la porción aportada en numerario, así como para hipótesis en que perdiese el derecho al régimen, en los términos explicados.

Esta posibilidad justifica la inclusión de la fusión etc. entre las operaciones para las que el Art. 24 del TR ITPAJD prevé un mecanismo de responsabilidad subsidiaria para los administradores.

Según el Art. 45.I.B).12 TR ITPAJD estarán exentas “... la constitución, ampliación de capital, fusión y escisión de sociedades cuando la sociedad resultante de estas operaciones tenga por exclusivo objeto la promoción o construcción de edificios en régimen de protección oficial”.

De esta manera, en el supuesto de que la sociedad resultante de la operación tuviese dicho objeto, nos encontraríamos ante unas operaciones que gozan de dos puertas de acceso a la exención. En este contexto la norma no alude a aportaciones no dinerarias sino a constitución y ampliación de capital, de lo que debe deducirse que no ampara la aportación contra autocartera, que sí cabe en el Art. 97 LIS.

La exención debe entenderse extensiva a las diferentes liquidaciones del impuesto que puedan devengarse interrelacionadas con el negocio jurídico único. Por ejemplo a las constituciones societarias o aumentos de capital originados en las sociedades beneficiarias de otra escindida.

Dentro de un mismo negocio jurídico (por ejemplo constitución de sociedad mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias) deberá darse a cada parte diferenciada el tratamiento tributario que le corresponda. La exención tributaria debería limitarse a la “parte” de base imponible que corresponda a la aportación no dineraria, si se cumplen los requisitos restantes.

La “aportación no dineraria fiscal”, como hemos remachado, puede responder a una permuta o a un negocio de aportación a capital. Obviamente la normativa del ITPAJD descansa en la estructuración jurídico-privada. No obstante la remisión a la conceptualización de la LIS reconduce ambas modalidades a la tributación propia de las operaciones de aportación, merecedoras de la exención.

En el supuesto de que las operaciones no tuviesen derecho al disfrute del régimen, en principio, la operación instrumentada mediante aportación a capital sería gravada por el concepto Operaciones Societarias. La “aportación” cristalizada en contrapartida de acciones viejas tributaría como una permuta, es decir por el concepto Trasmisiones Patrimoniales Onerosas, además como una doble transmisión, o bien por el IVA si (como será habitual) la transmisión se comprende en el marco de este impuesto.

Asimismo deben despejarse las dudas³⁸² en torno a la inclusión de la operación de canje de valores en el ámbito de la exención³⁸³. La resolución del TEAC de 5 de abril de 2000 se pronunció en el sentido de que, con anterioridad a la promulgación de la Ley 43/95, la operación del canje de valores no gozaba de exención, sin que pudiera estimarse la disposición adicional 8ª de dicha ley, que extendió el régimen de exención a las operaciones de canje de valores, como una norma interpretativa del régimen anteriormente vigente, sino como una norma innovadora.

En coherencia cabe entender que la exención resulta perfectamente extensiva a las aportaciones efectuadas a las ETVE, en las condiciones especificadas por el

³⁸² En efecto la exención se establecía en favor de las operaciones societarias reguladas en los apartados 1,2 y 3 del Art. 2 de la Ley 29/1991, mientras que la operación de canje de valores estaba regulada en el apartado 5. En esta línea las consultas DGT de 24-07-1992 y de 27-11-1995 entendieron que la operación societaria que envolvía el canje (aumento de capital) estaba sujeta y no exenta del ITPAJD concepto OS.

³⁸³ Así se pronuncian, por ejemplo, las consultas DGT de 10-10-1997 (nº 2071-97), 27-2-2001 (cv nº0004-01) y de 13-6-2001 (cv nº 0047-01). No obstante resulta llamativo que la DGT consigne(en las dos últimas) que la exención será de aplicación “siempre que se haya optado por el régimen especial”. En principio la exención no gravita en torno a su efectiva aplicación.

Art. 132.3 LIS, ya que éste remite al Art. 108 LIS para someter a su imperio (con las consiguientes consecuencias no circunscritas al IS) a las aportaciones efectuadas a ETVE cualquiera que sea el porcentaje de participación que los valores aportados confieran.

Por lo demás, al tratarse de operaciones no sujetas a IVA en virtud del Art. 7.2 LIVA, la sujeción de la operación principal a Operaciones Societarias es, conforme al Art.1.2 del TRITPAJD, el dispositivo que evita su tributación por el concepto TPO del ITPAJD. La posible fricción entre hechos impositivos (OS e ITP), dado que estos negocios canalizan traslaciones patrimoniales, se soluciona mediante el predominio del concepto OS en virtud de su mayor especificidad.

En cualquier caso, en principio, no debiera haber puntos de conexión con el concepto TPO puesto que estos procesos se desarrollan en un marco empresarial. En todo caso podrían detectarse entregas de bienes incardinadas la órbita del IVA, quedando limitada la posible interrelación con el concepto TPO al ámbito del Art. 7.5 TR ITPAJD.

Según e Art. 7.5 TRITPAJD³⁸⁴ no estarán sujetas al concepto de TPO las operaciones efectuadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, “No obstante quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el IVA. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la

³⁸⁴ Este precepto ha sido objeto de crítica. En efecto, como ha destacado García Herrera-Blanco (“ La transmisión de la totalidad...”, op.cit), el Art. 8.5 de la Sexta Directiva autoriza a los Estados Miembros a elegir entre considerar que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial "no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente o bien sujetar a Iva dicha transmisión".

Al optar nuestro Ordenamiento por la primera solución (Art. 7.1 LIVA), parece contradictoria la entrada en escena del Art. 7.5 TR ITPAJD.

totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA”.

Como estas operaciones no están sujetas al IVA, se plantearía la duda respecto a la tributación por TPO de las entregas de inmuebles comprendidas en la universalidad patrimonial. La sujeción al concepto de OS es el dispositivo que sirve para enervar la tributación de estas entregas de inmuebles por TPO, en virtud de la incompatibilidad entre ambos conceptos, tal y como ha entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia. Lo que grava el hecho imponible del Impuesto sobre Operaciones Societarias es la operación documentada de forma unitaria y exclusiva. Esta circunstancia bloquea la posibilidad de liquidar autónomamente las transmisiones de inmuebles comprendidas en la masa patrimonial.

Se inhibe, además, el gravamen por Actos Jurídicos Documentados (en principio factible al tratarse de actos evaluables económicamente e inscribibles en el Registro Mercantil), al ser incompatible dicha modalidad con el hecho imponible de Operaciones Societarias.

2.4 Tributación de estas operaciones societarias en el ITPAJD en caso de no operar el régimen especial.

El Art. 25.4 TRITPAJD y 64.4 Rgto indican que “en la fusión y escisión de sociedades, la base imponible se fijará atendiendo a la cifra de capital social del nuevo ente creado o al aumento de capital de la sociedad absorbente, con adición, en su caso, de las primas de emisión “.

La norma se aferra pues a la cifra del capital social como indicador de capacidad económica³⁸⁵. Se constata que resultaría menos gravosa, desde este punto

³⁸⁵ Teóricamente existían otras opciones para cuantificar la base imponible como atender al capital nominal de la sociedad absorbida

de vista, la fusión por absorción que la efectuada a través de la creación de una nueva sociedad. En el primer caso se gravaría sólo la franja en que se aumentase el capital preexistente de la absorbente.

Evidentemente, en el caso de fusión impropia, existe fusión a efectos de este impuesto, con independencia de que la base imponible pudiese ser cero³⁸⁶, si no se produce aumento de capital. En cualquier caso el objeto imponible gravita sobre la operación societaria aunque no fluyese desplazamiento patrimonial³⁸⁷.

No resulta neutral, desde una óptica teórica, la solución de cuantificación de la base imponible. Si la sociedad adquirente en vez de aumentar capital recurre a acciones viejas minoraría correlativamente la base imponible del impuesto, y ello no oscilaría en función de la capacidad económica puesta de manifiesto.

El Art.46.1 del TR ITPAJD establece que “La Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado”. Una consecuencia indirecta de que la base imponible del tributo no oscile sobre el valor real de los bienes sino sobre el importe del capital nominal será que no cabrá incoar procedimiento de comprobación de valores en relación con los bienes aportados a la sociedad ³⁸⁸.

De acuerdo con el Art.25.1 TR (aplicable a las sociedades de capital) “En la

(por lo demás cifra difícilmente susceptible de planificación fiscal).

³⁸⁶Sin embargo Cazorla Prieto (citado por Merino Jara I. en: “La operación societaria...” op.cit.) entiende que “ si en virtud de la aplicación de las reglas jurídico-mercantiles apuntadas no procede la ampliación de la cifra del capital y en consecuencia, ésta no tiene reflejo documental, estaremos fuera del ámbito imponible de la fusión, pues aunque la operación se haya realizado no se ha producido la manifestación formal -el aumento de capital de la sociedad absorbente-”.

³⁸⁷ La sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (Asunto C-152/97)resaltó que “...la Directiva 69/335/CEE , en la versión modificada por la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, no se opone a que se perciba un impuesto sobre transmisiones patrimoniales en el supuesto de absorción de sociedades realizada por otra sociedad que posea ya la totalidad de las acciones y de las participaciones de las sociedades absorbidas”, puesto que dicha Directiva no se aplica a este caso.

³⁸⁸ Así lo indican las consultas de la DGT de 23-1-1989 y de 14-12-2000 (nº 2338-00).

constitución y aumento de capital de sociedades que limiten de alguna manera la responsabilidad de los socios, la base imponible coincidirá con el importe nominal en que aquél quede fijado inicialmente o ampliado con adición de las primas de emisión, en su caso, exigidas “.

De Pablo Varona³⁸⁹ pone de manifiesto el problema de determinar si rige, en el marco de la fusión, la distinción del Art. 25 TR en cuanto a sociedades que limiten o no de alguna manera la responsabilidad de los socios, ya que según las reglas generales si no la limitan la base imponible se fijaría de acuerdo con el valor neto de la aportación.

No obstante, como subraya el autor, sea cual fuere la tipología jurídica de la sociedad absorbente o resultante de la fusión, dada la mención genérica del Art. 25.4 TR a la fusión de sociedades, sólo se tendría en cuenta el montante de la cifra de capital nominal y prima de emisión para la determinación de la base imponible.

El devengo del ITPAJD (concepto OS) se produce en la fecha de otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública que documenta el acto sujeto (Art. 49.1.b) TRITPAJD). En todo caso, una vez realizado el hecho imponible, el impuesto será exigible a pesar de que la escritura no llegue a inscribirse.

De este modo, si no fuese posible tal inscripción, por ejemplo si la calificación registral detectase un vicio insubsanable, se perdería el derecho a la exención que depende inexcusablemente de que se genere la traslación patrimonial.

³⁸⁹ El Impuesto sobre..., Op.Cit. Pág.271 y 272.

2.5 Teórica virtualidad del Art. 22 TR ITPAJD.

El Art.22 TR ITPAJD equipara, a efectos de este impuesto, determinadas entidades, como las comunidades de bienes, a las sociedades. Podríamos plantearnos si esta circunstancia puede correlativamente redundar, a nuestros efectos, en una flexibilización del molde conceptual de los negocios jurídicos en este marco.

La flexibilización prevista por el Art. 22 TRITPAJD puede desembocar en un ensanche de la interpretación que se proyecta sobre el negocio, una vez que se rompe la inmediata concatenación con el Derecho Común. En tal sentido existe una línea jurisprudencial³⁹⁰ que ha estimado que la mencionada equiparación debe serlo tanto en cuanto beneficie o perjudique a la Administración, en relación con el acceso a los privilegios fiscales propios de las sociedades.

Así pues ¿Podríamos, de seguir este esquema, en este concreto contexto, distinguir negocios equiparables a los fiscalmente protegidos en cuanto los mismos si hubieran sido perfeccionados por sociedades, hubieran cumplimentado las definiciones del Art. 97 o 108.1 LIS?

La fusión y escisión representan figuras complejas, provistas de unos rasgos caracterizados por sus excepcionales efectos jurídicos. La singularidad superlativa de la operación impide absolutamente dicha asimilación.

Por otra parte el Art. 21 TR ITPAJD, para formular el perímetro a que puede extenderse la exención, remite expresamente a las definiciones vertidas en la LIS. Evidentemente los sujetos partícipes deberán revestir unos formatos jurídicos determinados en concomitancia con la construcción jurídico-mercantil.

A tal efecto se cierra la posibilidad de extender la exención a operaciones

³⁹⁰ Cabe citar la sentencia del TS de 12 de mayo de 1983.

“equiparables” efectuadas por determinados sujetos, también en relación con los restantes negocios, distintos de la fusión y escisión, sin que sea óbice lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera de la LIS, cuyo sentido es muy distinto.

2.6 La Cesión global del activo y del pasivo.

En el caso de la disolución de una sociedad con cesión global del activo y pasivo se ocasiona un expreso desvío del ordinario cauce de tributación del negocio de disolución, acto gravable autónomo que incorpora unas reglas determinadas, en cuanto al hecho imponible (Art. 19.1.11 TRITPAJD), sujeto pasivo (Art. 23 TRITPAJD) o base imponible (Art. 25.5 TRITPAJD).

De conformidad con el Art.2.1 TR ITPAJD “El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia”.

El anterior precepto debe ser interpretado en coherencia con la previsión del Art.21 TR, la cual reenvía la regulación de la operación, en este marco, a la propia de las fusiones y escisiones³⁹¹.

En definitiva la extensión de la exención inyecta un plus de neutralidad en la elección del canal jurídico. En otro caso en la fusión impropia fiscal y mercantil la base imponible sería cero a diferencia de la disolución con cesión global del activo y del pasivo.

El negocio de disolución incorpora en el seno del ITPAJD sus propias previsiones. Este presupuesto puede plantear problemas, los cuales generalmente

³⁹¹ La sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 28 de febrero de 1986 negó, a efectos del ITPAJD, la asimilación de una hipótesis de disolución societaria con cesión global del activo y del pasivo en favor del socio único a las previsiones fiscales tipificadas para la fusión.

habrá de ser resueltos a la luz de la premisa de la prevalencia de la convención de fusión, conclusión a que, en definitiva, conduce la equiparación.

El mencionado Art. 251 LSA indica que “las sociedades en liquidación podrán participar en una operación de fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas”.

En este supuesto habría que analizar la posible concurrencia de dos hechos imposables. El problema viene dado porque a pesar de que la base imponible de la disolución se cuantifica en el concepto OS de acuerdo con el haber entregado a los socios (desplazamiento que no se genera con la simple disolución preparatoria de la extinción), el devengo, a tenor de la regulación vigente, en el marco del concepto operaciones societarias, se produce con la formalización del acto sujeto a gravamen.

Si efectivamente ya se hubiese devengado el impuesto y perfectamente realizado el hecho imponible, tal concepto impositivo se habría agotado. Si con posterioridad se acuerda una operación de fusión, en principio parece que lo lógico sería entender éste como un nuevo acto que provoca un nuevo hecho imponible (sujeto pero exento).

En esta línea la disolución adquiriría sustantividad como acto gravable en vez de diluirse bajo el efecto atractivo de la operación de fusión, y ello porque la voluntad exteriorizada en el tráfico era la de que el acto de disolución fuese autosuficiente aunque, con posterioridad, mutase la voluntad social refugiándose en la licencia que la norma mercantil otorga.

Consideramos que el concepto de fusión debiera arrastrar y vaciar al otro ³⁹², procediendo sólo el gravamen de este acto. Ahora bien, ello sólo podría prosperar a

³⁹² De Pablo Varona (El Impuesto sobre..., Op.Cit. Pág.344) estima asimismo que en este supuesto se tributará únicamente por los conceptos de fusión o escisión.

través de una interpretación elástica y extensiva, puesto que, actualmente, el acto que grava la norma es la formalización de la disolución, con independencia de que se produzcan las correspondientes adjudicaciones.

2.7 La prima de fusión en el entorno del ITPAJD.

El citado Art.25.4 TRITPAJD cuantifica la base imponible, para estas operaciones, en la adición del capital nominal y las posibles primas de emisión.

Esta opción desnaturaliza un tanto la atención prestada al capital nominal, ya que consagra una solución que equivale a contemplar el neto patrimonial desde el ángulo del pasivo o estructura financiera. Esta circunstancia pugna, además, con el objeto imponible del impuesto que aparentemente está centrado no ya en el desplazamiento patrimonial, sino en la formalización de la operación.

Por otra parte, con posterioridad a la consumación de la operación de reestructuración, puede producirse un aumento de capital en la sociedad adquirente con cargo a dicha prima, la cual estaría inscrita en el pasivo del balance, como otras reservas. El Art. 151.2 LSA señala que el contravalor del aumento del capital podrá consistir en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio, para los que, de esta forma, se modifica su grado de disponibilidad.

De conformidad con el artículo 5.3 de la Directiva 69/335/CEE: “El importe sobre el que se liquide el impuesto en caso de aumento del capital social no comprenderá el importe de aquellos activos de la sociedad de capital que se afecten al aumento del capital social y que hubieren ya sido sometidos al impuesto sobre las aportaciones”.

En esta línea el Art.19.2 TR ITPAJD destaca que “No estará sujeta la ampliación de capital que se realice con cargo a la reserva constituida exclusivamente por prima de emisión de acciones”.

De este modo, en nuestro contexto, en principio, debe entenderse que el posterior aumento de capital por parte de la entidad absorbente con cargo a la diferencia entre neto patrimonial aportado y capital nominal emitido (con independencia de su calificación contable) debería declararse no sujeta al impuesto.

La coherencia interna del tributo, con independencia de las sutiles diferencias técnicas entre prima de fusión y de emisión, conduce a entender perfectamente operativo el Art. 19.2 TR ITPAJD. A tal efecto el Art. 25.4 TR (concerniente a la fusión y escisión) nomina expresamente a la citada diferencia como “prima de emisión”.

No obstante, sin perjuicio de lo expuesto, el objetivo del precepto consiste en evitar la doble tributación de la diferencia, en el momento de constitución y en la ulterior ampliación con cargo a ella. En nuestro contexto si bien la “prima” fue porción integrante de la base imponible, la exención debió resultar operativa. De esta manera se revestirían de un grado de privilegio determinadas aportaciones in natura respecto a las de numerario.

2.8 Las adjudicaciones en pago, para pago y en pago de asunción de deudas en el marco estructural de la fusión.

Las características, inherentes al fenómeno de la transmisión de universalidades patrimoniales, han abierto tradicionalmente la puerta a la

apreciación teórica de esta tipología de adjudicaciones, fundamentalmente en la época en que la regulación no afrontaba la realidad de la unidad del acto gravable.

En esta línea, por ejemplo, el Reglamento del Impuesto sobre Derechos Reales de 1959 admitía una imposición independiente sobre las adjudicaciones en pago de deudas, en pago de asunción de deudas o para pago de ellas. El gravamen de la operación societaria recaía sobre el haber líquido de las sociedades transmitentes, lo que conllevaba la posibilidad de tributación separada de la asunción de pasivo.

El Art.55 del Texto Refundido de 1967 estableció que se considerarían transmisiones onerosas “las adjudicaciones expresas de bienes y derechos de todas clases en pago de deudas o de su asunción o para pago de ellas y las mismas adjudicaciones, aunque sean tácitas, que se produzcan como consecuencia de la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades”.

Actualmente, como hemos expuesto, se grava simplemente la operación central , cuya calificación ejercerá un efecto atractivo sobre otros actos, formalmente inscritos en su envoltura, impidiendo su gravamen.

No obstante el principio de incompatibilidad entre los conceptos Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias es predicable de la operación nuclear, pudiendo, teóricamente, detectarse hechos imposables independientes contenidos en el mismo documento o contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes hayan seleccionado.

De acuerdo con el Art.7.2 TR ITPAJD”: Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: A) Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas. Los adjudicatarios para pago de deudas que acrediten haber transmitido al acreedor en solvencia de su crédito, dentro del plazo de dos años, los

mismos bienes o derechos que le fueron adjudicados y los que justifiquen haberlo transmitido a un tercero para este objeto, dentro del mismo plazo, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones”.

En concreto podrían existir deudas pendientes entre las sociedades partícipes como consecuencia de previas relaciones obligacionales, pudiendo saldarse dicho débito mediante adjudicación de elementos de activo. Se originaría, en principio, un supuesto de adjudicación en pago de deudas gravado por el ITPAJD concepto TPO.

No obstante el efecto de la sucesión universal arrastraría la subrogación en las relaciones jurídicas de forma unitaria. Los activos no se adjudican directa y expresamente en pago de los pasivos.

Incluso cabe esgrimir que la lógica interna de la fusión se opone frontalmente a que la transmisión en bloque materializada sirva ,parcialmente, para saldar una anterior relación obligacional. Tal detección teóricamente podría vulnerar la idoneidad de la estructura negocial para plegarse al concepto tipificado.

En todo caso, como subraya Castromil ³⁹³, si entre las deudas transmitidas figura alguna contraída con la sociedad absorbente, la misma se extinguirá en virtud del fenómeno jurídico de la confusión, lo que carecería de incidencia tributaria inmediata.

Asimismo podríamos encontrarnos, hipotéticamente, ante una hipótesis de adjudicación para pago de deudas cuando la sociedad absorbente o de nueva creación recibiesen el mandato de destinar parte del activo recibido de las absorbidas para satisfacer deudas de esta sociedad. Existiría un mandato de encargo o comisión.

³⁹³ Citado por Merino Jara I. en “La operación societaria...” op.cit. Impuestos, 1985, Tomo II, Pág.370.

En cualquier caso el carácter expreso, consustancial a dicho pacto, es ajeno a la esencia de la transmisión en bloque, la cual, además, obviamente implica una transmisión firme del dominio.

2.8.1 Especial referencia a las adjudicaciones en pago de asunción de deudas.

En la denominada adjudicación en pago de asunción de deuda, a un tercero (ajeno a la originaria relación obligacional) se le adjudica un bien como contrapartida de que asume una deuda. De esta forma puede decirse que el adjudicatario *paga* lo recibido con “la asunción del pasivo”.

Esta figura reviste un interés especial en nuestro contexto. En efecto es connatural a la transmisión en bloque que una porción del activo transferido lo sea en contrapartida de las deudas asumidas dado que, en última instancia, lo que se pondera es el neto patrimonial (activo menos pasivo exigible), con lo que cabría constatar manifestaciones tácitas de estas adjudicaciones.

El Art. 29 del Reglamento del ITPAJD establece que: “En las adjudicaciones expresas de bienes y derechos que se realicen en pago de la asunción por el adjudicatario de una deuda del adjudicante se exigirá el impuesto por el concepto de adjudicación en pago de deudas”.

La sentencia del TS de 5 de Diciembre de 1998 declaró nulo tal precepto por infringir el principio de reserva de ley, por lo que el criterio más fundado debía ser la no sujeción a gravamen de tales adjudicaciones expresas. A su vez, para subsanar dicho vicio, el Art. 7 de la Ley 55/1999, con efectos desde el 1 de enero del año 2000, asimiló a las transmisiones (Al modificar la letra a) del apartado 2 del artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD) el supuesto de adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas.

En cualquier caso, en nuestro contexto, deben considerarse como tácitas aquellas provocadas por la transmisión conjunta de bienes y derechos en virtud del proceso de sucesión. La singularidad estructural de la fusión impide desagregar los *actos* englobados en su desarrollo.

Ahora bien se trataría de operaciones efectuadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, en principio incardinada en el ámbito del IVA. Así pues si quien “aporta” activos y pasivos, conjuntamente, es un sujeto pasivo del IVA (como se requiere en nuestro marco) la asunción de deuda resultaría naturalmente gravada por este último impuesto en virtud del Art. 78.Dos.7º LIVA, el cual engloba en el concepto de contraprestación, a la hora de cuantificar la base imponible, “el importe de las deudas asumidas por el destinatario de las operaciones sujetas como contraprestación total o parcial de las mismas”.

De esta manera la operación de “aportación conjunta de activos y pasivos” quedaría gravada por el IVA y por el concepto “operaciones societarias del ITPAJD” (pues ambos gravámenes son compatibles).

No obstante, como sabemos, la operación se hallaría no sujeta al IVA, siempre que tuviese derecho a cobijarse en el régimen especial. No cabría liquidación por las entregas de bienes (IVA), comprendidas en el patrimonio aportado, ni tampoco ser desgajadas adjudicaciones tácitas en pago de asunción de deudas pues se trata de un supuesto no sujeto a IVA y, a su vez, no sujeto a TPO, al tratarse de una operación realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad.

En cualquier caso los actos no conectados armoniosamente con la estructura negocial podrían ser calificados de forma independiente³⁹⁴. El Art. 4 TR ITPAJD

³⁹⁴ La consulta DGT de 14 de marzo de 2001 (0531-01) (en relación con un acto gravable no relacionado inmediatamente con la

hace hincapié en que a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato contenga varias convenciones sujetas separadamente al impuesto, se exigirá el derecho señalado a cada una de ellas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa.

Por tanto una adjudicación en pago de asunción de deudas, nacida bajo un pacto expreso, resultaría gravable. Ahora bien nada tiene ello que ver con el desarrollo estructural consustancial a la fusión, que implica una agregación patrimonial global sin afectación de franjas a uno u otro fin. Incluso si tales convenciones fueran significativas podrían lesionar idealmente, a nuestros efectos, la unidad conceptual de la fusión, que predica una “transmisión en bloque” unu acto.

En definitiva la regla general debe consistir en no distinguir dichas modalidades de adjudicación, con la excepción de que en la propia operación se contuvieran expresos pactos que hiciesen cristalizar estas figuras.

III. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU).

3.1 Introducción.

El Art. 106.3 LRHL establecía una bonificación, potestativamente aplicable por los Ayuntamientos, de hasta el 99 por 100 de las cuotas devengadas en las

operación principal), entiende que en una fusión por absorción en cuyo marco absorbente y absorbida son los únicos partícipes en varias comunidades de bienes que realizan actividades empresariales, la extinción de dichas comunidades como consecuencia de la consolidación de cuotas por la fusión de los entes societarios comuneros estaría exenta del ITPAJD en su modalidad OS, dada la consideración de la fusión como un hecho imponible único.

transmisiones realizadas, con ocasión de las operaciones de fusión o escisión de empresas a que se refería la Ley 76/1980.

El citado Art.106.3 fue derogado por la Ley 29/1991, para armonizar el broche de exclusión de la carga tributaria con la moderna mecánica de diferimiento. El Art. 15 introdujo la técnica del “no devengo” del IIVTNU.

Este impuesto directo municipal grava las plusvalías que puedan surgir, con ocasión de las transmisiones del dominio de terrenos de naturaleza urbana. Es susceptible de tributación, pues, la misma manifestación de riqueza, con un ámbito objetivo mucho más restringido (pues sólo se proyecta sobre los índices conectados con enajenaciones de terrenos de naturaleza urbana), que en el IS: la plusvalía o diferencia de valor experimentada por determinados elementos (Art. 105.1 LRHL³⁹⁵), si bien no se contempla la misma como fuente de renta, dado el objeto imponible de este tributo.

Asimismo el sujeto pasivo, en caso de transmisión onerosa, sería el transmitente (Art.107.1.b) LRHL).

La potestad tributaria está atribuida a las Haciendas locales, en virtud del principio constitucional de autonomía financiera.

³⁹⁵ De acuerdo con este precepto de la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales”: 1.El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos”.

3.2 Ley Reguladora de las Haciendas Locales y régimen especial de la reestructuración de empresas.

De acuerdo con la Disposición Adicional VIII apartado 3 de la LIS “ no se devengará el Impuesto Sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en el Capítulo VIII del Título VIII de la presente Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 108 de esta Ley, cuando no se hallen integrados en una rama de actividad”.

El impuesto, sin esta previsión, podría devengarse en virtud de las correspondientes traslaciones del dominio de terrenos de naturaleza urbana, comprendidos en las universalidades patrimoniales.

La normativa, como en la órbita del IS, incardina el correspondiente contrapeso, coherente por lo demás con la neutralidad debida.

En efecto de acuerdo con la Disposición enunciada: “En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VIII del Título VIII”.

Se trata de un supuesto, adaptativo de la técnica seleccionada para el Impuesto sobre Sociedades, que muta para acomodarse a la estructura de este impuesto municipal. Asimismo se realiza el hecho imponible³⁹⁶ pero no nace la obligación tributaria por aflorar el incremento de valor como consecuencia de una

³⁹⁶ Navarro Egea entiende que (“La transmisión onerosa de elementos afectos a la actividad empresarial en el IIVTNU” Quincena Fiscal, n º9, Mayo 1998) “La literalidad del precepto impide sostener que nos encontremos literalmente con una norma de exención, pues la expresión “no se devengará” nos pone en relación con el “devengo”, y este aspecto temporal del hecho imponible significa precisamente el momento en que se ha realizado el hecho imponible y nace la obligación tributaria.

transmisión, enmarcada en unas determinadas operaciones, las cuales son investidas de un rango de privilegio no por la propia naturaleza técnica de las cosas sino por decisión legislativa.

El requisito de que “resulte de aplicación” se contempla desde una óptica de aptitud.

Este no devengo resulta particularmente interesante para los sujetos pasivos del IS, ya que no existe en nuestro sistema tributario ningún mecanismo de integración entre ambos tributos (IS e IIVTNU) que atenúe la doble imposición de las plusvalías. Así pues el ahorro fiscal potencial sería superior al experimentado por las personas físicas³⁹⁷.

La construcción de la disposición simplemente se refiere a las “operaciones”. Dicho “no devengo” se proyectaría, evidentemente, sobre aquellas efectuadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en los términos conocidos.

A partir del 1/1/1998 si los elementos aportados están integrados en una rama de actividad, asimismo opera el diferimiento para las aportaciones efectuadas por empresarios individuales (Art. 4.16 de la Ley 66/1997 de Medidas Fiscales para 1998). Con anterioridad a dicha modificación cabía deducir el devengo del impuesto municipal para las aportaciones de ramas realizadas por empresarios personas físicas³⁹⁸.

³⁹⁷ La Ley del IRPF sí prevé la deducción en la cuota de este impuesto del 75 por 100 de la cuota del Impuesto Municipal sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana satisfecho por los sujetos pasivos en el ejercicio, cuando corresponda a alteraciones patrimoniales de las que hayan derivado incrementos patrimoniales sujetos efectivamente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. (Art 78.7.b) LIRPF).

³⁹⁸ La sentencia del TS J de Cataluña de 18 de febrero de 2000 resalta que “Una interpretación meramente literal de la redacción originaria de los preceptos de la L.43/1995... podría conducir a entender que el inciso “con excepción de las previstas en el Art.108” de la disp. adic.8.3 supuso que las aportaciones de ramas de actividad efectuadas por personas físicas quedaban fuera del supuesto de no devengo del impuesto municipal. Sin embargo tal interpretación meramente literal no ha de ser la prevalente, de acuerdo con los cánones hermeneúticos habituales (arts.3.1 del CC y 23 de la LGT). Por lo pronto los antecedentes históricos y legislativos son frontalmente contrarios a tal conclusión y nada puede indicar que con motivo de una simple reordenación sistemática de los preceptos de la L.29/1991 se haya pretendido eliminar del supuesto de no devengo del impuesto municipal a las aportaciones de ramas de actividad de personas físicas o empresarios individuales. En segundo término, hay que atender “fundamentalmente” al espíritu y finalidad de las normas, y la analizada, en relación con sus precedentes-incluida la normativa comunitaria adaptada de que traen causa-, no permite una exclusión o eliminación de tal guisa, que por carente de justificación podría entrañar un trato discriminatorio a los empresarios individuales respecto de los sociales”.

El problema interpretativo respondía a la imprecisión terminológica subyacente que presuponía implícitamente que las aportaciones de ramas serían realizadas por personas jurídicas, sin que evidentemente nada obste a que un empresario persona física aporte una o varias ramas de actividad. Se ponía de manifiesto un confusionismo entre los estratos objetivo y subjetivo del régimen .

La no extensión del “no devengo” a las aportaciones de ramas efectuadas por personas físicas conllevaría una injustificable discriminación basada no ya en la sustancia de la operación sino en la forma jurídica del aportante. Por ejemplo podría discriminarse al empresario, persona física, que realizase aportaciones de terrenos, empujándole a refugiarse en el formato societario.

Así pues tampoco se devengaría el IIVTNU con motivo de las aportaciones de ramas de actividad efectuadas por personas físicas. Subsiste, en cambio, la no extensión de este mecanismo a las transmisiones instrumentadas mediante aportación no dineraria especial.

La Disposición aludida aclara que no será de aplicación lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales. O sea las fórmulas de compensación al establecimiento por leyes de beneficios fiscales en materia de tributos locales. No queda claro si el motivo radica en que esta sistemática puntualmente enlazada al IIVTNU no puede estimarse como un beneficio fiscal strictu sensu.

3.3 Naturaleza jurídica del “no devengo”.

La estructura liquidatoria del IIVTNU incorpora una estimación objetiva de la plusvalía, a modo de presunción iuris et de iure, aunque el Art.108.1 manifieste que la base imponible “está constituida por el incremento real del valor de los terrenos de naturaleza urbana en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años”.

El esquema normativo, para la determinación de la base imponible, atiende al valor catastral del suelo y al número de años completos en que se ha larvado la diferencia valorativa. Por tanto la magnitud relevante es el período de incubación de la plusvalía.

La técnica continuista, seleccionada en el IS, se traslada a este tributo ajustándose a sus singulares parámetros liquidatorios. El eje del “no devengo” requiere de un instrumento de concreción que bloquee el gravamen, desconociendo fluidamente los efectos tributarios de la traslación.

A tal efecto el legislador establece que, cuando se consume la posterior transmisión de los terrenos, se considerará no interrumpido el período de generación de la plusvalía. Se incide directamente en el elemento susceptible de alimentar la plusvalía, y cuya inmovilización permitirá cimentar los resortes del diferimiento, dado que el valor catastral del suelo no es sino parámetro de referencia, modulado por los coeficientes que fluctúan en función del intervalo temporal expuesto de acuerdo con el Art.108.2 LIS.

Ahora bien la inmovilización del intervalo de generación de la plusvalía no es, en puridad, un broche compensatorio, como ocurre en el IS. En este contexto no existe traslado de la carga tributaria sino una suplantación en la expectativas de gravamen por ministerio de la Ley .

Obviamente, en el IS, este impuesto se devenga pero se sustraen determinadas rentas de integración en base imponible (en coherencia con el concepto extensivo de renta). En cambio en el IIVTNU el hecho imponible del impuesto se circunscribe a estas transmisiones y, por consiguiente, no cristaliza el mismo.

Cuando se efectúe la transmisión ulterior, a través de operación no susceptible de diferimiento, habría que atender, en ese momento, a la situación urbanística de los terrenos.

No obsta en absoluto a estas consideraciones el que el Art. 108.1 declare que se gravará el incremento real puesto de manifiesto en el plazo máximo de 20 años. Simplemente la norma se desentiende de este límite, que operaría, en su caso, haciendo abstracción de la transmisión.

Finalmente cabe entender que debería ser cumplimentada la obligación del Art. 111.7 LRHL. Los notarios autorizantes deberán remitir al ayuntamiento respectivo la expresada relación o índice comprensivo incluyendo las escrituras que documentan nuestras operaciones societarias.

A tal efecto las Administraciones locales contarían con el oportuno archivo documental para regularizar la situación tributaria, en cuanto correspondiese, como consecuencia de la privación de la sistemática³⁹⁹.

³⁹⁹ La consulta DGT de 22-02-2000 interpreta que el ayuntamiento puede verificar que la opción por el régimen se ha producido, exigiendo, sin perjuicio de lo que determine la ordenanza fiscal reguladora del impuesto, la aportación de una copia de la opción por el régimen especial.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo hemos pretendido abordar el estudio de la problemática que suscita la normativa sobre la fiscalidad de la reestructuración y concentración de empresas, incidiendo especialmente en los problemas de interpretación que provocan los desajustes entre la esfera jurídico privada y la tributaria.

El legislador, para el preceptivo encuadre de la materia, ha emprendido, adaptando la Directiva 90/434/CEE, una tarea de sistematización enfocada a proporcionar un revestimiento tributario neutro a las operaciones, que ha culminado en el denominado régimen fiscal de la reestructuración empresarial. El deseo de inhibir las directas y primarias consecuencias fiscales de las operaciones ha redundado en la génesis de la técnica del diferimiento impositivo.

Ahora bien, tras esta claridad aparente, La cristalización del imperativo de que la fiscalidad desempeñe un papel neutral se convierte en una labor extremadamente ardua, al afrontarse numerosos problemas, entre los que sobresalen la ausencia de una categorización jurídico-privada sólida que inyecte coherencia a la construcción tributaria. Y la propia y natural génesis de la mecánica del sistema, que debe ser complementada a través de la intelección del principio de neutralidad.

En este apartado intentaremos poner de manifiesto las conclusiones que hemos extraído, a menudo corroborando los rasgos detalladamente descritos en el Capítulo I, cuya lectura debe inevitablemente complementar las siguientes aseveraciones.

- 1) El régimen fiscal de la reestructuración empresarial se erige en un cuerpo normativo dotado de una relativa pero manifiesta singularidad intrínseca, en el

sentido de que engarza de una manera notablemente original con las instituciones genéricas del Derecho Tributario.

En definitiva podemos decir, en cierta medida, que el bloque normativo que alumbra la mecánica del diferimiento se erige en un cuerpo extraño que no imbrica perfectamente ni con la restante estructura del IS, ni con la de los restantes tributos implicados, ni con los criterios genéricos del Derecho Tributario.

Esta característica, que creemos haber matizado, intensifica el interés de su análisis, de sus conexiones y desconexiones con la normativa tributaria así como por el estudio de los respectivos broches de enlace articulados por el legislador. Asimismo dota a la ordenación jurídica de la materia de una provisionalidad intrínseca, al hallarse asentada sobre bases que no están bien sedimentadas.

2) Ello deriva en gran medida del actual estado de deficiente sistematización jurídico mercantil de las operaciones, vicio básicamente compartido en el Derecho comparado, así como en general de las lagunas normativas existentes en toda una gama de cuestiones, interrelacionadas con el fenómeno de la transmisión de conjuntos patrimoniales y unidades empresariales complejas.

De hecho se constatan una pluralidad de planos del Derecho sustantivo insuficientemente elaborados en los cuales, directa o indirectamente, podría apoyarse el legislador tributario. Cabe mencionar el vacío relativo a la transmisión de empresas a través de la cesión de valores representativos del capital social, y la consiguiente ausencia de parentesco jurídico entre operaciones con un similar fondo económico.

Estas fallas dejan sentir su resonancia sobre el esquema tributario que, carente del reiterado basamento, se convierte en un sistema inevitablemente imperfecto.

A su vez cabe observar la insuficiente delimitación de los perfiles de ciertas instituciones jurídico tributarias, que asimismo resultan impotentes para aprehender un fenómeno con tantas aristas, tan dinámico y rico en matices. Por ejemplo la ausencia de un criterio firme sobre la sucesión entre entidades jurídicas en las relaciones jurídico fiscales y acerca de su línea divisoria con el instituto de la responsabilidad contribuirá a dificultar la intelección de la temática.

3) No obstante la carga de singularidad de la temática también dimana de la propia e íntima configuración objetiva de la mecánica que pretende cuajar una básica inalterabilidad de los presupuestos de imposición *apegados* a la unidad patrimonial objeto de transmisión.

En concreto en el marco del IS el diferimiento de las rentas fiscales cobrará sentido a través del contrapeso de la continuidad de las cualidades fiscales de los elementos en sede de la entidad adquirente, continuidad que no se ciñe en absoluto al mantenimiento de los valores fiscales sino que debe entenderse de una manera multicomprendensiva. Precisamente el propio sentido de la regla continuista denota la imposibilidad de acotar objetivamente su perímetro a través del presupuesto de la norma

4) La propia filosofía que brinda dinamismo y sentido funcional a la ficción del diferimiento obligará a una detenida interpretación de la normativa. A tal efecto el principio de neutralidad, en su variedad de vertientes, como apuntamos, se convierte en un parámetro endógeno que ilumina el debido entendimiento del articulado.

De hecho determinadas vectores interpretativos (como el equilibrio de imposición, el objetivo de que la perfección de la operación no impacte sobre las coordenadas

jurídico tributarias prefijadas) derivan del eje cardinal de la neutralidad. De este modo incluso podríamos apreciar una cláusula tácita de recalificación, operativa en la sistemática.

5) En esta línea podríamos concebir que existe una dimensión del régimen inscrita en una zona de penumbra y que no es objeto de expresa regulación, salvo que se profundice en todo el profundo sentido de determinados preceptos como los que definen la rama de actividad o insertan la denominada cláusula antifraude.

En efecto el núcleo natural del diferimiento se orienta al diferimiento de las rentas fiscales que devengaría la sociedad transmitente, en el específico marco del IS.

Asimismo el régimen se extiende, en los términos ya reseñados, a la esfera de otros tributos que pueden recaer sobre las operaciones (IVA, ITPAJD, IIVTNU). Pues bien adicionalmente cabe detectar una tercera “dimensión” del sistema, asociada al impacto que la perfección de las operaciones y, particularmente, las transmisiones patrimoniales podrían acarrear sobre las situaciones tributarias preestablecidas de las entidades partícipes.

De este modo el régimen abarca la regulación de determinados aspectos, indispensables para procurar la cerrazón normativa del sistema. Nos referimos al que denominamos “tercer compartimiento” de la metodología, es decir la ordenación de materias enlazadas a la perfección del proceso jurídico cuya repercusión tributaria no deriva, en un plano de inmediatez, de la coordenada del diferimiento de las rentas. Es decir la subrogación en derechos y obligaciones tributarias, la imputación de rentas devengadas por la entidad que va a extinguirse etc.

Ahora bien, en cuanto nos interesa especialmente, existen otras cuestiones para cuya interpretación será preciso conciliar la intelección del principio de neutralidad con preceptos propios del diferimiento o extraños al mismo.

Por ejemplo aludimos a las consecuencias posibles de las operaciones sobre el tejido de los grupos fiscales, que debe conducir a conjugar el principio de neutralidad, por una parte, con el mecanismo subrogatorio y advertir si su juego puede matizar la usual operatividad de determinados puntos del régimen de consolidación fiscal.

Del mismo modo podríamos referirnos al supuesto en que la transmisión desembocase en una composición patrimonial para el conjunto de las entidades que optimizase su futura imposición, haciendo abstracción del eje estricto del diferimiento. En este punto tendría que analizarse, de nuevo a la luz del principio de neutralidad, los preceptos definatorios de la rama de actividad en correlación con la cláusula antifraude.

6) En definitiva puede apreciarse un rasgo connatural en el análisis, estrechamente anudado a las reflexiones anteriores, que consiste en la constante necesidad de reinterpretación. La subsunción del supuesto fáctico en el correspondiente presupuesto normativo, con frecuencia, deberá plasmarse a la luz que proyecte el foco del principio de neutralidad.

7) Las características descritas no pueden ser objeto de crítica, simplemente las mismas se han gestado en correlación con las cortapisas del contexto jurídico y económico y del mandato de la Directiva comunitaria, que esboza los fundamentos de la técnica del diferimiento, tal y como detallamos en el Capítulo I.

En nuestra opinión, dados los repetidos condicionantes, el régimen especial está abocado a representar un bloque normativo con permanente vocación de mutación. Podríamos concebir que los imperativos económicos vinculan a franquear obstáculos derivados de los convencionalismos jurídicos, sin que para ello exista una evolución armoniosa de estos últimos, lo que provoca el consiguiente atasco en determinados engranajes de instituciones jurídicas.

En realidad la calidad técnica de la regulación puede ir paulatinamente optimizándose en la medida en que el derecho Mercantil y el Derecho tributario amolden ciertos esquemas de sus disciplinas a las dinámicas características inherentes a estas operaciones y concretamente a aspectos conectados con el fenómeno de la transmisión de unidades empresariales y la consiguiente sucesión en relaciones jurídicas, pues en esta materia se requiere una especial imbricación en los vasos comunicantes entre ambas ramas.

8) Ahora bien no podemos ignorar que una consecuencia, un tanto solapada, de todo lo expuesto ha estribado en la sedimentación de un verdadero armazón de doctrina administrativa, que ha asumido la tarea pendiente de reinterpretación de numerosos puntos. A tal efecto, como hemos expuesto, estimamos criticables bastantes criterios introducidos por la DGT, que no se corresponden con los principios que sustentan el régimen.

De este modo se genera un clima permanente de cierta inseguridad jurídica. Por ejemplo el concepto de rama de actividad es interpretado por la DGT de una manera muy particular sin descansar en las pautas objetivas que proporciona el articulado. Asimismo del criterio administrativo se desprende una intensa indeterminación en la sucesión en las relaciones jurídico fiscales o en cuestiones asociadas a la cláusula antifraude.

9) Por otra parte, sin perjuicio de la ponderación global condescendiente hasta el momento, pues los rasgos no derivan necesariamente de una pobreza en la técnica legislativa, debemos apuntar que existen diversos aspectos que debieran hallarse asentados por la normativa, sin que su interpretación debiese quedar a merced del, en ocasiones, fluctuante rumbo del criterio administrativo.

A tal efecto debemos diferenciar entre la connatural presencia de rendijas a la interpretación inherente al terreno, y las brechas que puede arrojar la norma susceptibles de ser cerradas, mejorando ello en un incremento de la inseguridad jurídica. En este sentido no puede confiarse indiscriminadamente en que el juego del principio de neutralidad complementa armoniosamente en cada punto el entendimiento del régimen.

En concreto estimamos que debería ser concretada la definición de rama de actividad, y en particular su enlace conceptual con la entidad transmitente.

Asimismo sería oportuno puntualizar si unas u otras disposiciones del régimen pueden ser extrapoladas a la aportación no dineraria especial, operación cuyo perfil estructural no encaja fluidamente con las previsiones que presuponen la traslación de unidades empresariales.

Por otra parte sería conveniente delimitar en qué medida la eficacia de los preceptos que conforman el tercer compartimento normativo (desconectados del diferimiento estricto de rentas) depende de la efectiva acogida de las operaciones al régimen.

En correlación con lo anterior convendría clarificar el estatuto jurídico fiscal de las operaciones en el caso de que no opere el régimen fiscal, pues en cualquier caso se tratará de una regulación considerablemente cualificada, y no de la simple aplicación automática de la esquemática general de los impuestos afectados.

Finalmente subyace un importante grado de indeterminación en cuanto a los parámetros objetivos que pueden brindar a la Administración la posibilidad de privar del régimen fiscal, fundamentalmente con motivo de la extrema elasticidad de los términos seleccionados para plasmar la comentada presunción.

De hecho ello no debiera desembocar, como veladamente parece pretender la DGT, en una cláusula automática de recalificación "económica", que se materialice en la denegación de las ventajas fiscales, por el mero hecho de que la operación culmine resultados económicos equivalentes a otras operaciones que no cuajan una efectiva reestructuración, como sería la separación de socios.

BIBLIOGRAFÍA:

-Agulló Agüero A.: "El Impuesto de Sociedades ante el Derecho Comunitario": (Impuestos, 1986 Tomo II, Pág.895).

-Alonso González L. M , Corona Ramón J.R., Valera Tabueña F.: *La armonización fiscal en la Unión Europea* (Cedecs Editorial).

-Arnau Zoroa F. :“Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de acciones. (Derecho español Ley 29/1991-Directiva comunitaria 90/434/CEE)”: (Gaceta Fiscal, Febrero 1992, nº 96).

-Barberena Belzunce I.:"La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas": (Impuestos, Diciembre 1991, nº 23).

-Barrachina Juan E.:

-"Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto irregular de sucesión": (Impuestos, nº19, Octubre 1998).

-“La compensación de pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades”: (Gaceta Fiscal, noviembre 1997, nº 159,Pág.92).

-Bellver Sánchez A.: "Perspectivas de la política fiscal de la CEE: Aspectos fiscales del mercado interior":(Impuestos, 1986, Tomo I, Pág.798).

-Boal Velasco N. y López Navarro M.L.:“Tratamiento contable y fiscal de las permutas de inmovilizado material” (Impuestos, septiembre 2001,núm.17, Pág.103 a 118).

-Bosch Ygualada M.:

-"Fiscalidad de la transmisión de la empresa española": (Gaceta Fiscal, Abril 1998, nº164).

-"La fiscalidad de la empresa internacional":(Impuestos, Abril 1999, nº 7).

-Caamaño Anido M.A y Calderón Carrero J.M.:“La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho Comunitario: El caso Futura Participations” (Quincena Fiscal, Octubre 1998, nº 18).

-Calderón Carrero J. M.:“Reorganizaciones societarias, ITP y AJD y principio de interdicción de las discriminaciones por razón de la nacionalidad: notas a STJCE 12 abril 1994 (Asunto Halliburton Services)”: (Quincena Fiscal, Febrero 1996, nº3).

-Carbajo Vasco D.:

-“Beneficios fiscales para las fusiones y reorganizaciones empresariales”: (Praxis Fiscal, 1993, 2/225).

-“Transmisión y sucesión en la empresa. Algunas cuestiones fiscales” (Crónica Tributaria, núm.70, 1994, Pág.61).

-Castromil Sánchez F.:

-“El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”: (Impuestos, nº10, mayo 1992).

-Coello de Portugal Martínez del Peral I.:

-“La amortización del fondo de comercio que se genera cuando una sociedad adquiere el 100% de los títulos representativos del capital social de otra”: (Impuestos, nº19, Octubre 2000).

-Colmenar Valdés S.:

-“La compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades”: (Impuestos, 1997, Tomo II, Pág.89).

-“Los leveraged buy-outs, las fusiones y la deductibilidad de los gastos financieros”: (Impuestos, 1989, Tomo I, Pág.1152).

-Checa González C.: “Exenciones y bonificaciones en el Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos”:(Impuestos, 1988, Tomo I, Pág.60).

-Delgado González A. F.:” Beneficios fiscales en la fusión de empresas: El Impuesto Sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”: (Impuestos, Tomo II, Pág.915).

-Díaz Yanes I., López Santacruz Montes J.A., Tomé Muguruza B., Ucelay Sanz I.:
Guía del Impuesto sobre Sociedades. Editorial CISS, Valencia, 1996.

-De Pablo Varona C.: El Impuesto sobre Operaciones Societarias. Análisis de su régimen jurídico. Editorial Aranzadi, Pamplona 1995.

-Docavo Alberti L.:”Abuso o evasión fiscal en la fusión por intercambio de acciones”:(Quincena Fiscal, Septiembre 1998, nº15).

-Eseverri Martínez E.:”Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos: De la presunción a la ficción jurídica”:(Gaceta Fiscal, nº108, Marzo 1993).

-Falcón y Tella R.:

-”El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el art 6.4 CC”:(Quincena Fiscal, Octubre 1995,nº17,editorial).

-”El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura”: (Quincena Fiscal, Octubre 1995,nº 18,editorial).

-“Las reglas especiales sobre determinados incrementos en el Impuesto sobre Sociedades: la subsistencia, con modificaciones, del Art. 15.7 de la Ley 61/1978”:
(Quincena Fiscal, Mayo 1996,nº 10,editorial).

-“El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario”:(Impuestos, Diciembre 1998, nº 24).

-Fernández García F.: "Aportaciones no dinerarias en la constitución de Sociedades Anónimas y en las ampliaciones de capital. Normativa actual y modificaciones previstas en el nuevo Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas": (Impuestos, Tomo II, Pág.904).

-García-Herrera Blanco C.: "La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial y el Impuesto sobre el Valor Añadido (A propósito de la sentencia del TS de 1 de octubre de 1996)": (Quincena Fiscal, nº13, Julio 1997

-García Moreno A.: La base imponible del impuesto sobre sociedades. (Editorial Tecnos, Madrid 1999).

-Gómez Verdesoto M.: "Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STSJCE de 17 de julio de 1997)": (Impuestos, nº1, Enero 1999).

-González García A.L.: "Comentarios acerca del régimen fiscal de las fusiones de empresas": (Impuestos 1985, Tomo II, Pág.629).

- González Poveda V.: "El Impuesto de Sociedades y las fusiones de empresas": (Impuestos, 1985, Tomo II, Pág.425).

-González Rosell-López A.:

- "El empresario ante la sucesión del patrimonio empresarial": (Praxis Fiscal, 1997, Tomo II, Pág.776).

- "Comentarios al nuevo Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados": (Praxis Fiscal.1993 (3), Pág.3/370).

-Gracia Espinar E. y Palacios Pérez J.: "Es necesaria la armonización de la fiscalidad directa en un Mercado Único?":(Gaceta Fiscal, Mayo 1995,nº 132).

-Ibáñez García I.: "La traslación de la carga tributaria en el ordenamiento jurídico español" (Impuestos, nº 8, Abril 1990).

- Jiménez Sánchez G. J.(Coordinador): "Derecho Mercantil":(Ariel Derecho, Barcelona 1990)

- Ballester J., Berché E., Fernández del Pozo L., F., González del Valle J., Massaguer J., Rey F., Sánchez Rus H., Trías M., Vañó M.J., Vicent Chuliá F.:"*Las operaciones societarias de modificación estructural*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001."

-Labatut Serer G. y Martínez Vargas J.: "Tratamiento contable y fiscal de las fusiones en España. Evidencia empírica para el período 1992-1996" (Impuestos, Mayo 2001, nº 9, Pág.97).

-Largo Gil R.: *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar. Proyecto de fusión e informes*. (Editorial Civitas, 2000).

- Lete Achirica C.:

-"Supuestos de período impositivo anticipado: el nuevo artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades": (Impuestos, Enero 2001, nº 1, Pág.110).

-López Geta J.M.:

-"El Impuesto sobre Sociedades y la nueva legislación mercantil: El caso concreto del artículo 15 LIS": (Impuestos, nº 8,Abril 1990).

-"La adecuación a las Directivas y Reglamentos CEE de nuestros conceptos impositivos: Ley 29/1991": (Impuestos, 1992,Tomo I, Pág.37).

-"Responsabilidad y sucesión en las deudas tributarias": (Impuestos, 1989, Tomo II, Pág.1224).

-López-Melendo Lannes J.:

-“Modificación del régimen fiscal de la escisión por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del estado para el año 2001” (Impuestos, Marzo 2001, nº 6, Pág.107).

-“Modificaciones del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del estado para el año 2002” (Impuestos, Abril 2002, nº 7, Pág.95).

-López Rodríguez J.:

-“Las modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por la Ley de Presupuestos y la de Acompañamiento para 1998”: (Impuestos, 1998 Tomo II, Pág.136).

López Santacruz Montes J. A.:

-“Modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por normas aprobadas a lo largo del año 1999”: (Fiscal Mes a Mes, Revista Práctica Mensual, nº 50 Febrero 2000, Ediciones Francis Lefebvre).

-“ Modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por normas aprobadas a lo largo del año 2000” (Fiscal Mes a Mes, Revista Práctica Mensual, nº 61, Marzo 2001).

-“Cuestiones más relevantes ante una reforma del régimen fiscal de los grupos de sociedades”(Impuestos, nº 10, mayo 1992).

-Operaciones de reestructuración empresarial. Régimen fiscal especial de: Fusiones, Escisiones, Aportaciones de rama de actividad, Canjes de valores. Grupos de sociedades. Dossier Práctico Francis Lefebvre.

-Memento Práctico Francis Lefebvre Impuesto sobre Sociedades 2004. Ediciones Francis Lefebvre, 2001.

-Lozano Serrano C.: Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria (11).Responsabilidad del Adquirente de Empresa por Deudas Tributarias Anteriores a la Transmisión. Editorial Aranzadi 1998.

-Malvárez Pascual L.A.: La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Regímenes Especiales. Ediciones CEF, Tomo II, Centro de Estudios Financieros.

-Mateu de Ros R.: "Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria": (Gaceta Fiscal, Octubre 1996,nº147).

-Menéndez García G.: "Regímenes especiales en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades (II)": (Quincena Fiscal, Diciembre 1995,nº 22).

-Merino Antigüedad J.M.: "La compensación fiscal de pérdidas": (Impuestos, nº6, Junio 1988).

-Merino Jara I.: "La operación societaria de fusión. Especial consideración de la bonificación del Art. 9 L 76/1980 de 26 dic., sobre Régimen fiscal de las Fusiones de Empresas": (Impuestos, 1985,Tomo II, Pág.360).

-Monche Maristany A. y Nin Ros J.M.: "El nuevo régimen legal de las fusiones y escisiones de empresas, aportación de activos y canjes de valores (Posibilidades prácticas)": (Revista Impuestos, nº 14,julio 1992).

-Navarro Egea M.:

-Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

-"La transmisión onerosa de elementos afectos a la actividad empresarial en el IIVTNU": (Quincena Fiscal, Mayo 1998, nº9).

-Noval Pato J.: La cesión global del activo y pasivo en las sociedades de capital. (Cuadernos Mercantiles, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid 2003).

-Pascual Pedreño E.: “La compensación de pérdidas de ejercicios anteriores en el Impuesto sobre Sociedades”: (Impuestos, nº 13, Julio 1999).

-Pérez Royo F.: Derecho Financiero y Tributario. Parte General. Editorial Civitas.

-Rozas Valdés J.A.: “Armonización de la base imponible de los Impuestos sobre beneficios societarios. Traducción del Anteproyecto de Propuesta Directiva concerniente a la armonización de las reglas de determinación de los beneficios imponibles, de marzo de 1988”: (Impuestos, 1989, Tomo I, Pág.927).

-Ruibal Pereira L.: La Sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997.

-Ruiz Toledano J.I.: El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal. Editorial Ciss, Monografías fiscales, 1998.

-Ruiz Zapatero G.: "La escisión de sociedades y el Iva": (Impuestos, 1989 Tomo I, Pág.216).

-Sánchez Galiana J.A.: "Problemática de la sucesión en las deudas tributarias por transmisión de negocios": (Impuestos, 1985, Tomo II, Pág.373).

-Sánchez Galiana J.A., Pallarés R., Crespo Miegimolle M.: El nuevo Impuesto sobre Sociedades. Cuestiones Prácticas. Editorial Aranzadi.

-Sánchez García E.: Las aportaciones patrimoniales a la Sociedad Anónima. Editorial CISS, colección: Monografía Mercantiles, Monografía mercantil nº 1, Mayo 1999.

-Sánchez Oliván J.:

-La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y Canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo. Estudio económico, jurídico Fiscal y contable. Editorial EDERSA, 1998.

-La Fusión de sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal. Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho reunidas.

-Sánchez Ramos E.: "Consideraciones fiscales sobre adquisición y concentración de empresas": (Impuestos, 1986,Tomo II, Pág.586).

-Sanz Gadea E.:

-“La coordinación de la imposición sobre la renta” (Revista de Contabilidad y Tributación, junio de 1999, nº 195, Madrid, Centro de Estudios Financieros).

-“Aspectos internacionales de la política fiscal (I)” (Impuestos, julio 2001, número 13, páginas 16 a 51).

-“Aspectos internacionales de la política fiscal (II)” (Impuestos, julio 2001, nº 14).

-“Aspectos internacionales de la política fiscal (III)” (Impuestos, Agosto 2001,nº 15-16,Págs.35 a 60).

-Segarra Tormo S.: "Tratamiento fiscal del fondo de comercio en la Ley 43/95":(Gaceta Fiscal, Octubre 1996, nº147).

-Serrano Gutiérrez Á.:

-“Operaciones de fusión impropia: comentarios sobre la aplicación del artículo 103.3 de la LIS”: (Fiscal Mes a Mes, Ediciones Francis Lefebvre, nº 56, Octubre 2000).

-“La reforma del Artículo 103.3 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, según la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social” (Fiscal Mes a Mes, Ediciones Francis Lefebvre, nº 73, mayo 2002, Pág.29 a 40).

-“El régimen de consolidación fiscal según la Ley 24/2001” (Impuestos, Agosto 2002, nº 15-16, Págs.13 a 51).

-“Restricciones para la compensación de bases imponibles negativas en las operaciones de reestructuración empresarial (art. 104.3 de la Ley 43/1995)” ((Fiscal mes a Mes, Ediciones Francis Lefebvre, nº 85, junio 2003, Pág.18 a 23).

-Simón Acosta E.: ”El nuevo Impuesto sobre Sociedades”: (“Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VI, Nº 229, enero 1996).

-Uría R.: Derecho Mercantil. Marcial Pons, Madrid 1990.

-Van Thiel S.:

- "Planificación fiscal y derecho de establecimiento en Europa. El caso Daily Mail": (Impuestos, 1989 Tomo I, Pág.971).

-“La supresión de la discriminación en materia de imposición sobre la renta como barrera a la libre circulación de personas en la Unión Europea”: (Quincena Fiscal, Junio 1996,nº 12)

-Yebra Martul-Ortega p., García Novoa c. y López Díaz A. Coordinadores:

-Estudios sobre el Impuesto de Sociedades. Editorial Comares, Granada, 1998).

-Zurdo y Ruiz-Ayúcar J.: "El IVA en la cesión de empresas e industrias": (Impuestos, 1987,Tomo I, Pág.621).

-Zurdo Ruiz-Ayúcar I. y Juan y Giménez Reyna E.: “Aplicación del IVA en la transmisión del patrimonio empresarial y en los servicios de estudios en el extranjero”: (Impuestos, 1990 Tomo I, Pág.189).