

Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales

José Luis Prada Larrea

Abogado. Inspector de Hacienda del Estado (en excedencia)

Resumen

El presente trabajo aborda las consecuencias tributarias que se registran en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades a resultas de la reciente entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Se trata de valorar su incidencia tributaria, especialmente en el marco del régimen de reestructuración empresarial contemplado en el Capítulo VIII, Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, para lo cual se hace imprescindible el análisis de la doctrina administrativa emanada de la Dirección General de Tributos hasta la fecha, identificando aquellos criterios que pueden verse afectados por la nueva ley.

En tal sentido, son objeto de particular atención las llamadas fusiones simplificadas (impropias, inversas y gemelares), la fusión apalancada y su relación con la asistencia financiera, la radical transformación de la figura de la cesión global de activo y pasivo, el nuevo concepto de escisión/segregación y su modalidad de filialización y la variación en los supuestos de aplicación de la retroacción contable, entre otros muchos puntos de interés.

La referencia a las contestaciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos y a determinados criterios jurisprudenciales recaídos en la materia, resultan indispensables

Abstract

This monograph addresses the tax consequences recorded in the area of Corporate Income Tax as a result of the recent come into force of Law 3 / 2009 of 3 April on Structural Modifications of Commercial Companies. This is to assess the incidence of taxation, especially in the context of corporate restructuring scheme provided in Chapter VIII, Title VII of the revised Law on Corporate Income Tax, for which it is essential to the analysis of the administrative doctrine issued by the Dirección General de Tributos (Tax Administration) to date, identifying those criteria that could be affected by the new law.

In this sense, the simplified mergers are of special attention (forward mergers, reverse mergers and horizontal mergers), the leverage buy out merger and its relation to financial assistance, the radical transformation of the shape of the global transfer of asset and liability, the new concept of spin-off/segregation and his type of subsidiarization and the variation in the assumptions for the application of accounting feedback, among many other subjects.

Also is essential to mention some of the answers to inquiries from the Dirección General de Tributos and to certain jurisprudential criteria issued in this matter.

Glosario

Modificaciones estructurales; calificación unitaria; transformación; fusiones simplificadas (impropias, gemelares, inversas); fusión apalancada; asistencia financiera; escisión/segregación; filialización; escisión subjetiva vs separación de socios; escisión financiera; escisión parcial impropia vs reducción de capital; cesión global de activo y de pasivo; traslado de domicilio; sede de dirección ocimiento y análisis de ciertas novedades estrictamente mercantiles que pueden condicionar la final calificación fiscal y, de otro lado, tratar de cohonestar los criterios hasta la fecha apuntados en contestaciones a consultas vinculantes por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), con las innovaciones legislativas que propone esta norma, aspecto que nos obligará a someter a exhaustivo escrutinio, por nuestra parte, la doctrina administrativa de referencia y sus antecedentes.

Iniciamos esta monografía contextualizando adecuadamente la LME. Nada mejor que servimos para ello del propio preámbulo del texto legal.

Por virtud de la LME se incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y, juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, en lo que respecta al requisito de presentación de un informe de perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

Es cierto, y la práctica jurídica así lo confirma, que las fusiones transfronterizas ya eran conocidas en nuestro sistema legal. De hecho, es indiscutible que la legislación española previa a la LME -si bien mediante una regulación sucinta y, tal vez, insuficiente-, daba cabida a la posibilidad de que una sociedad española participara en un proceso de fusión junto a una sociedad extranjera. Este reconocimiento teórico tenía además una constatación práctica incontestable, ya que en nuestra experiencia jurídica se han dado notables ejemplos de fusiones internacionales, especialmente entre sociedades pertenecientes a la Unión Europea (por ejemplo, la absorción de Sarrió, S.A. por la sociedad italiana Reno de Medici, SpA o la absorción de Damart, S.A. por la sociedad francesa Belmart). Estas experiencias de proyección intracomunitaria han sido posibles, fundamentalmente, gracias a dos circunstancias cuyo origen está precisamente en la legislación europea. En primer lugar, la existencia de un régimen de neutralidad fiscal derivado de la Directiva 90/434/CE que ampara este tipo de operaciones. Y, en segundo lugar, la aplicación distributiva de las leyes personales de las sociedades involucradas en la fusión prevista en el artículo 9.11.II del Código Civil.

Pues bien, explícitamente la LME transpone al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2005/56/CE, atinente a fusiones intracomunitarias, sin perjuicio de servir de adecuado cauce, asimismo, a la regulación de la fusión de sociedades españolas con extracomunitarias, cuyas reglas expresamente contempla.

La norma unifica y amplía lo que denomina **modificaciones estructurales**, entendidas éstas como aquellas **alteraciones de la sociedad que van más allá de meras modificaciones estatutarias, afectando a la estructura patrimonial o personal de la sociedad**, incluyendo en su ámbito la **transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo**. Además, habida cuenta el antecedente comunitario de la regulación que se comenta, la nueva ley se ocupa también del **traslado de sociedades**

mercantiles españolas al extranjero y del traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados.

Es de interés destacar, preliminarmente, en particular por lo que incide en el ámbito fiscal, la sustancial variación que experimenta el contenido de la figura de la cesión global de activo y de pasivo, de suerte que se rompe con la tradicional concepción de esta institución como un mero mecanismo liquidatorio, para ofrecerse en adelante como un instrumento más de transmisión de empresas.

Explícitamente la LME transpone al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2005/56/CE, atinente a fusiones intracomunitarias

Asimismo, cabe añadir que, más allá del compromiso de armonización a que sirve la norma que comentamos, la ley introduce otros cambios en el régimen de las aportaciones no dinerarias (con la adición de importantes exigencias en lo que concierne a la elaboración de informe por experto independiente), así como en lo relativo al régimen de autocartera y de asistencia financiera. En este último punto -y en conexión con las llamadas fusiones apalancadas que más adelante se explicarán-, se advierte, si bien tímidamente, una mayor flexibilización de sus condiciones, muy por debajo en todo caso del umbral al que parecía aspirar la Directiva objeto de transposición.

2. El régimen especial de reordenación

No se ha producido, a día de hoy, cambio legislativo alguno que acompañe en el ámbito de la legislación fiscal las modificaciones estructurales previstas en la LME, de suerte que continúan vigentes las disposiciones del régimen especial de reestructuración empresarial en los términos regulados en el Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (en adelante, TRLIS), régimen que abarca las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Se trata, en esta monografía, de trabajar y exponer nuestras consideraciones en el marco de la actual regulación legal, teniendo en cuenta la interpretación que de la misma viene ofreciendo la doctrina administrativa de la DGT, con objeto de verificar en qué medida ésta puede verse alterada o necesitada de reinterpretación al socaire de la modificación de los conceptos mercantiles plasmada en la LME.

Recuérdese, a estos efectos, el tenor del artículo 83 del TRLIS, relativo a la definición de las operaciones que encajan en el ámbito del sistema de diferimiento de plusvalías y neutralidad tributaria configurado por el régimen especial:

Artículo 83. Definiciones.

1. *Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:*
 - a. *Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y*

en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

- b. 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.
- c. 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.

2.

1. Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

- a. Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.
- a. Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.
- a. Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, 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.

2. 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.

- 3. 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.

4. *Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.*
5. *Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.*
6. *El régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores.*
7. *El régimen tributario previsto en este Capítulo será igualmente aplicable a las operaciones de cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. A estos efectos, las reglas previstas en este régimen especial para los supuestos de transmisiones de bienes y derechos serán de aplicación a las operaciones de cambio de domicilio social, aún cuando no den lugar a dichas transmisiones."*

Como puede advertirse, y ello es lógico tratándose de una norma fiscal de transposición de una Directiva comunitaria, los términos recogidos en el mencionado artículo 83 no se remiten a las particulares definiciones recogidas en las leyes mercantiles propias de cada jurisdicción nacional, toda vez que su ámbito es de carácter europeo y a ella deben acomodarse estructuras jurídicas propias de diferentes legislaciones nacionales que, si bien muestran clara afinidad entre sí, no definen de modo idéntico los conceptos jurídicos afectados por la Directiva.

Surge aquí una primera reflexión, que luego deberá modularse a tenor del principio que más abajo se enuncia. Y es que el acogimiento al **régimen especial descansa en que las operaciones mercantiles de que se trate se ajusten, en sus elementos caracterizadores, a los criterios exigidos en el artículo 83 del régimen especial.**

Este hecho suscitará algunas dudas y reflexiones, como las que hacen referencia a la escisión/segregación o a la cesión global de activo y pasivo, instituciones particularmente afectada por las disposiciones de la LME.

Ahora bien, no puede desconocerse en estas consideraciones la vigencia del **principio de unidad del ordenamiento jurídico** y, a resultas del mismo, el reconocimiento de que las calificaciones jurídicas que se realicen en una rama del sistema legal, despliegan sus efectos en las demás. La mejor hermenéutica jurídica no nos permite olvidar, y así lo ha aceptado sin reservas la DGT, que **en la medida en que una determinada operación cumpla los requisitos para ser calificada de un preciso modo (sea como fusión, escisión, etc.) en los términos establecidos en la legislación mercantil, la operación de que**

se trate deberá recibir igual calificación en el ámbito tributario, pudiendo en consecuencia acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal.

Se advierte, pues, esa comunicación de conceptos desde la ley mercantil —como ley de origen— a la tributaria o de destino, lo que parece saludable y lógico, al punto de que la resolución de numerosas consultas tributarias planteadas a la Administración fiscal se alcanza previo detallado escrutinio de la norma mercantil, antecedente necesario de la calificación fiscal. Ello no es óbice para que sea éste un terreno abonado para la polémica, pues dicha comunicación abre la puerta a que las reflexiones de un órgano administrativo -cualificado para pronunciarse sobre cuestiones tributarias- se extiendan a materias estrictamente mercantiles (la fusión horizontal o gemelar con socio común persona física; la fusión inversa *versus* disolución y liquidación de sociedades; o la escisión subjetiva a favor de una sola beneficiaria, por contraposición a la separación de socios, son buenos ejemplos de cuanto decimos).

En cualquier caso, y a pesar de esta dificultad hermenéutica, debe reconocerse el acierto de la DGT en la asunción del principio de calificación unitaria, con subordinación de la aplicación del régimen fiscal a las definiciones mercantiles de las operaciones.

Examinemos separadamente a continuación las cuatro clases de modificaciones estructurales que configura la LME y sus incidencias tributarias, para luego hacer ciertas consideraciones sobre el traslado de domicilio intracomunitario.

3. Transformación

Los artículos 3 y 4 de la LME definen el perímetro de lo que, a efectos legales, se entiende por transformación.

Por su parte, el TRLIS recoge en su artículo 26, relativo al período impositivo, en su número 2, letras c/ y d/, determinados efectos asociados a la transformación societaria. En principio, el mero hecho de la transformación no determina el cierre del período impositivo, salvo;

- c. *“Cuando se produzca la transformación de la forma jurídica de la entidad y ello determine la no sujeción a este impuesto de la entidad resultante. Al objeto de determinar la base imponible correspondiente a este período impositivo se entenderá que la entidad se ha disuelto con los efectos establecidos en el artículo 15.3 de esta Ley.*
- d. *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.*
- e. *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.”*

En este contexto, en el que se condicionan las consecuencias tributarias de la transformación sobre el período impositivo, a la concurrencia de las circunstancias contempladas en las anteriores letras c/

y d/, y rigiendo para el resto de efectos el principio de continuidad de la personalidad societaria y fiscal, merece la pena recordar lo expuesto en la contestación a consulta vinculante (en adelante, CV), 0534-08, relativa a una SICAV (Sociedad de Inversión de Capital Variable) que fue objeto de revocación de su autorización, conforme a lo prevenido en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (ley 35/2003), y de la consecuente cancelación de su inscripción en el registro administrativo habilitado al efecto. Se plantea la DGT el efecto de la “transformación” de la consultante en sociedad anónima ordinaria, en particular en lo que concierne a la compensación de bases imponibles negativas pendientes.

Debe reconocerse el acierto de la DGT en la asunción del principio de calificación unitaria, con subordinación de la aplicación del régimen fiscal a las definiciones mercantiles de las operaciones

La respuesta de la DGT, y es lo queremos destacar, **se basa en la construcción de un concepto de transformación distinto del propiamente mercantil**, al objeto de dar sentido al término utilizado en el artículo 26 del TRLIS precitado. **Se aparta aquí la DGT del concepto estricto de transformación originario de la ley mercantil**, diseñando una nueva y más amplia configuración del mismo. Así, dice en su contestación la DGT:

“En relación con la primera condición señalada, es necesario verificar si como consecuencia del proceso descrito tiene lugar “la transformación jurídica de la entidad”. Dicho concepto no abarca únicamente las modificaciones del tipo societario, sino que también se refiere a los supuestos en los que se produce una alteración en el estatuto o régimen jurídico. En este sentido, aunque la consultante conserva la misma forma societaria (sociedad anónima), sí se modifica su régimen jurídico porque con posterioridad no estará regulada por la normativa propia de las instituciones de inversión colectiva. En este sentido, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, señala en su artículo 13.1 que “la autorización concedida a las ICC sólo puede ser revocada por la CNMV, además de por lo dispuesto en el artículo 85 de esta ley, en los siguientes supuestos: a) Por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado cuatro del artículo 10 o en el artículo 11 de esta ley”.

El artículo 11 de la Ley 35/2003 regula los requisitos de acceso y ejercicio de la actividad y, en su apartado 1.b) establece que será, entre otros, requisito necesario para obtener y conservar la autorización, limitar su objeto social a las actividades establecidas en la citada ley., Esto determina que la ampliación del objeto social de la consultante más allá de los límites establecidos legalmente, suponga su exclusión del registro administrativo correspondiente, con las consiguientes modificaciones estatutarias y de actividad.

En definitiva, en el supuesto descrito en la consulta será de aplicación lo establecido en el artículo 26.2.d) del TRLIS, por lo que la transformación de la consultante supondrá, en primer lugar, la conclusión del periodo impositivo en que es de aplicación el régimen especial de la IIC en la fecha en que dicha transformación produzca sus efectos jurídicos; y en segundo lugar, el inicio de un nuevo periodo impositivo en que la sociedad tributará en el régimen general del impuesto, debiendo calcular la renta generada en la transmisión de elementos patrimoniales según indica el segundo párrafo del citado precepto.”

Como se observa, la DGT maneja un concepto de transformación que abarca, no sólo la transformación del tipo societario en términos mercantiles, sino también aquellas modificaciones en las que se produce una alteración del estatuto o régimen jurídico de la sociedad.

No cabe duda que hubiera sido deseable, desde el punto de vista de una ordenada integración del ordenamiento jurídico, que la propia ley fiscal hubiese recogido en su literalidad que el hecho determinante de la aplicación del artículo 26.2, letras c/ y d/ fuese, bien cualquier transformación o bien, aun sin haberla en sentido estricto, cualquier alteración del estatuto o régimen jurídico de la sociedad, de suerte que el intérprete no se hubiese visto obligado a apartarse en sus conclusiones del principio de calificación unitaria.

Adicionalmente, y como reconocimiento de la inexistencia de cualesquiera otros efectos ligados a la transformación que no estén expresamente previstos en la ley, en lo atinente al tratamiento de las bases imponibles negativas pendientes de compensar (créditos fiscales que pasan del tipo especial de las SICAV's, el 1 %, al tipo general) especifica la contestación administrativa, con acierto:

“Establecido lo anterior, queda por dilucidar qué ocurrirá con las bases pendientes de compensación generadas cuando la sociedad se encontraba en el régimen especial.

El artículo 25.1 del TRLIS, señala que ‘las bases imponibles negativas que hayan sido objeto liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos’.

En cualquier caso, dicho precepto no establece ninguna especialidad en función del régimen general o especial en el que se generaron las bases imponibles negativas. Por tanto, en el caso planteado por la consultante, las bases negativas generadas en los períodos impositivos en que tributaba en el régimen especial de las IIC podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. Dicho plazo se contará a partir de la finalización de cada uno de los períodos impositivos en que se generaron dichas bases imponibles negativas.”

Y si en la consulta precedente la DGT fuerza una interpretación no literal de la norma —lo que sólo se entiende, insistimos, al objeto de dar sentido a la misma—, en la CV 0354-09, concerniente a un supuesto de transformación de una Agrupación de Interés Económico en una sociedad limitada, se atiende el órgano administrativo al tenor literal de la ley. Así, señala la contestación administrativa:

“En consecuencia, en el contexto del Impuesto sobre Sociedades, la transformación de una AIE en una sociedad limitada, no producirá la conclusión del período impositivo a que se refiere el artículo 26.2.d). Ello obedece a que en este caso, la transformación de la forma jurídica de la entidad no supone ni la modificación del tipo de gravamen ni la aplicación a la entidad resultante de la transformación de un régimen especial. La transformación implicará la aplicación del régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Se va a pasar, dentro del ámbito del Impuesto sobre Sociedades, del régimen especial propio de las AIE al régimen general propio de las sociedades mercantiles, supuesto que, conforme al tenor literal del artículo 26.2.d sobre interrupción del período impositivo por causa de transformación, no está contemplado. Concluirá, pues, el período impositivo para la agrupación ahora transformada en sociedad limitada cuando finalice su ejercicio social, imputándose a dicho período la totalidad de la renta obtenida en el mismo, por lo que dichas rentas no quedarán sujetas al régimen especial propio de las AIE, sino al

régimen aplicable al sujeto pasivo, la sociedad limitada consultante, existente en el momento de devengo del tributo.”

3. Fusiones

En principio, el mero hecho de la transformación no determina el cierre del período impositivo

En materia de fusiones se advierte un significativo número de novedades que entrañarán consecuencias de orden tributario. Empecemos por resumir los nuevos conceptos y aspectos más destacados de la regulación ofrecida por la LME.

El artículo 22 de la misma conceptúa la fusión, en tanto agrupación de patrimonios —elemento esencial y definitorio de las mismas— del siguiente modo:

“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.”

En cuanto a las clases de fusión, en línea de continuidad con la regulación precedente, se diseñan dos tipos generales, la fusión por creación de una nueva sociedad y la fusión por absorción:

1. *“La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.*
2. *Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda”.*

Adicionalmente, y no como una clase de fusión sino como un proceso de fusión investido de características especiales, con exigencias particulares de justificación —se trata de un asunto directamente emparentado con la asistencia financiera—, el art. 35 de la LME recoge lo que en el mercado legal viene conociéndose como **fusión apalancada**:

“Artículo 35. Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente.

En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

- 1.^a *El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.*
- 2.^a *El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran*

justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

3. ^a *El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.*

En estos supuestos será necesario el informe de expertos, cuando se trate de acuerdo unánime de fusión.”

Asimismo, la LME contempla un específico régimen de fusiones especiales, en los artículos 49 y 50 de la ley, donde junto a la llamada **fusión impropia** aparece la absorción de sociedad participada al noventa por ciento:

“Artículo 49. Absorción de sociedad íntegramente participada.

1. *Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos:*

1º. *La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones 2.ª y 6.ª del artículo 31 y, salvo que se trate de fusión transfronteriza intracomunitaria, las menciones 9.ª y 10.ª de ese mismo artículo.*

2º. *Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria.*

3º. *El aumento de capital de la sociedad absorbente.*

4º. *La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.*

2. *Cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida, además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación.*

Artículo 50. Absorción de sociedad participada al noventa por ciento.

1. *Cuando la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, no serán necesarios los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que en éste se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha*

de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza comunitaria.

2. En el proyecto de fusión deberá constar el valor establecido para la adquisición de las acciones o participaciones sociales. Los socios que manifiesten la voluntad de transmitir las acciones o participaciones sociales a la sociedad absorbente, pero que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto, podrán ejercitar, dentro del plazo de seis meses desde que notificaron su voluntad de enajenar sus acciones o participaciones, las acciones judiciales correspondientes para exigir que la sociedad las adquiera por el valor razonable que se fije en el procedimiento.
3. Las acciones o participaciones de los socios de la sociedad absorbida que no fueran adquiridas deberán ser canjeadas por acciones o participaciones propias que la absorbente tuviera en cartera. En otro caso, y siempre que no tenga que celebrarse la junta a solicitud de la minoría, los administradores están autorizados, si así lo prevé el proyecto de fusión, a elevar el capital en la medida estrictamente necesaria para el canje”.

Más adelante, el artículo 52 define como supuestos de **operaciones asimiladas a la absorción de sociedades íntegramente participadas**, lo que se conoce como **fusiones gemelares u horizontales** —entre hermanas— y la **fusión inversa**, todas ellas, junto a la impropia, recogidas hasta la fecha en el ya derogado artículo 250 del Texto Refundido de la Ley de las Sociedades Anónimas (TRLSA) en calidad de fusiones simplificadas

“Artículo 52. Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas.

1. Lo dispuesto para la absorción de sociedades íntegramente participadas será de aplicación, en la medida que proceda, a la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, así como a la fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente.
2. Cuando la sociedad absorbida fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbente o cuando las sociedades absorbida y absorbente estén participadas indirectamente por el mismo socio, será siempre necesario el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a dichas sociedades por el valor razonable de esa participación.”

Por último, como operación asimilada a la fusión, materialmente aparece un supuesto de naturaleza similar al de las cesiones globales de activo y pasivo tal y como éstas se venían recogiendo en el Derecho Societario anterior a la LME.

“Artículo 53. Operación asimilada a la fusión.

También constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla.”

Desglosemos separadamente las incidencias tributarias ligadas a cada una de estas figuras:

a) Fusión apalancada

La Ley 3/2009 regula por vez primera la operación mercantil denominada “*fusión apalancada*”, esto es, aquella en la que a una adquisición en la que el comprador se endeuda para adquirir el control de otra entidad, le sigue la integración jurídica de ambas entidades, asunto que guarda estrecha relación con la asistencia financiera como concepto y con su admisibilidad y sus límites

De esta manera, el Derecho Mercantil español aborda la regulación de los efectos característicos de cierta figura de marcado sabor anglosajón, en operaciones normalmente previas a una fusión, figura a no dudarlo frecuente en la realidad del mercado —ha habido numerosas operaciones de esta clase en nuestra país—, que viene siendo conocida como **compra apalancada de empresas** (los denominados *leveraged buy-out* o LBO).

El supuesto de hecho que subyace en el transcrito artículo 35 de la LME es aquél en el que una sociedad (existente o creada a estos efectos; suele hablarse de una SPV o *Special Purpose Vehicule*) se endeuda para adquirir el control o determinados activos de otra y, con posterioridad a la adquisición y, en cualquier caso, dentro del plazo de los tres años siguientes a la adquisición, la sociedad endeudada absorbe a la adquirida (“*forward merger LBO*”, articulada como fusión impropia habitualmente) o, al contrario, la entidad adquirida absorbe a la endeudada (“*reverse merger LBO*”, o fusión inversa), con lo que finalmente la deuda acaba estando garantizada por el total patrimonio de la sociedad resultante de la fusión (sociedad adquiriente más sociedad adquirida).

Dada la necesidad de fortalecer la transparencia en estos procesos de fusión, el procedimiento natural de estas operaciones se viene rodeando de ciertos requerimientos relativos al proyecto común de fusión, al informe de administradores y al informe de expertos.

Ahora bien, fuera de estos aspectos no sustantivos de la clase de operaciones que nos ocupan, en esta monografía interesa destacar la estrecha relación de esta figura con el concepto, perfil y limitaciones propias de la asistencia financiera.

En principio, la normativa española mantiene la **prohibición general de asistencia financiera**, proscribiendo a las sociedades el anticipo de fondos, la concesión de préstamos, la prestación de garantías y la concesión de cualquier tipo de asistencia financiera dirigida a permitir la adquisición por un tercero de sus propias acciones o las de su sociedad dominante.

Nótese que las dos únicas excepciones previstas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas son, de un lado, los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de las acciones de otra propiedad del grupo, incluida, por tanto, las de la sociedad dominante de aquélla en la cual presta sus servicios y, de otro lado, las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social, siempre que éstas se sufraguen con bienes libres de la sociedad.

Pese a que la Ley 3/2009 no modifica la prohibición general de asistencia financiera, parece que el legislador sí ha querido excluir de dicha prohibición a las fusiones posteriores a compras

apalancadas, estableciendo una regulación específica para ellas (artículo 35 de la citada norma). No obstante, dicha exclusión no es absoluta, pues este tipo de operaciones tiene que someterse necesariamente a verificación por **experto independiente**, de forma que **en su informe se manifieste expresamente la ausencia de asistencia financiera**.

Es lo cierto que el primer borrador de la ley ponía mucho más énfasis en la necesaria flexibilización de la asistencia financiera, cosa que finalmente parece no se ha plasmado en el texto final, todo ello, obviamente, con independencia de la especial regulación de esta materia en su conexión con la fusión, como venimos exponiendo.

Desde el punto de vista **tributario**, cabe mencionar que la **compra apalancada seguida de una fusión impropia o inversa**, en la que la deuda de la adquisición se acaba integrando con el conjunto de activos de la adquirida una vez verificada la operación de fusión, sí ha sido abordada en distintas contestaciones a consultas evacuadas por la Dirección General de Tributos, precisamente en relación con la necesidad de valorar la concurrencia o no de **motivación económica válida** en la operación.

En efecto, tanto en la CV 1698/07, como en la CV 1088/07, en las que se contemplan sendas operaciones de fusión en las que ha habido un previo endeudamiento para facilitar la compra, se razona sobre el **carácter suficiente de la motivación financiera a efectos fiscales**, lo que presume, como es natural, la viabilidad de la operación con carácter previo a su regulación por la Ley 3/2009.

En efecto, en la contestación a CV 1088-07, después, como es natural y conforme con el principio de calificación unitaria del ordenamiento jurídico, de admitir que:

“en la medida en que la operación de planteada cumpla los requisitos para ser calificada como una operación de fusión en los términos establecidos en la legislación mercantil anteriormente citada (artículos 235 y 250 del TRLSA), esta operación podrá acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS”,

en relación con la motivación económica válida de la operación (el “*business purpose*”), añade la DGT:

“En el escrito de consulta se indica que la operación planteada se realiza con la finalidad de integrar en una sola persona jurídica todas las actividades desarrolladas actualmente por A y B, para conseguir una mayor simplificación y racionalización de las actividades económicas, un ahorro de costes, mostrando una imagen única y homogénea frente a clientes y proveedores. Prueba de ello, es que hasta que no finalice el proceso de fusión, A y B arrendarán su negocio a la consultante con la finalidad de adelantar los efectos que se derivarían de la fusión, de tal manera que sea la consultante la encargada de desarrollar todas las fases inherentes al proceso de comercialización de productos informáticos. Asimismo, la fusión permitirá cumplir los requisitos exigidos por las entidades financieras que han concedido la financiación precisa para que la consultante adquiriera las dos entidades participadas, lo que asegura la liquidez necesaria para garantizar

Pese a que la Ley 3/2009 no modifica la prohibición general de asistencia financiera, parece que el legislador sí ha querido excluir de dicha prohibición a las fusiones posteriores a compras apalancadas

la devolución del préstamo, situando a las entidades financieras en el mismo rango de prioridad que los acreedores de las sociedades absorbidas. Estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS.”

Y en parecidos términos se expresa la CV 1698-07, cuando respecto de la motivación señala la contestación administrativa que:

“esta operación de fusión se realiza con la finalidad de facilitar las negociaciones con bancos para conseguir una financiación adecuada, así como con posibles inversores interesados en participar en parte del proyecto empresarial que doten de una mayor robustez financiera a la empresa. Igualmente, facilitará el análisis de los resultados reales de la actividad económica. Estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS.”

Dicho esto, y aceptado que la Administración fiscal admite sin reservas la aplicación del régimen especial de Capítulo VIII, Título VII del TRLIS a supuestos en los que la motivación económica descansa en esa mejora de condiciones financieras obtenidas a resultas de una fusión, y ello pese a la existencia de ventajas fiscales implícitas en la misma -como la deducibilidad del fondo de comercio de fusión afluído en aquella-, una reciente sentencia de la Audiencia Nacional introduce algún matiz nada despreciable, siempre y cuando la entidad absorbente sea una nueva sociedad holding.

En efecto, en su Sentencia de 7 de mayo de 2007, la Audiencia Nacional afirma que;

“no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado.

... pese a los esfuerzos dialécticos de la actora, no es posible llegar a la conclusión de que la motivación económica ha existido en la operación de absorción de MESA por MISA, pues en principio, como resultas de la controvertida operación, no se aprecia que haya existido una reestructuración o racionalización empresarial que supongan una mejora de las actividades, pues la entidad absorbente MISA, después de la fusión desarrolla la misma actividad que con anterioridad ejercía la absorbida MESA, prácticamente con el mismo personal y los mismos medios.

Por otro lado, la absorbente MISA, antes de la fusión tampoco realizaba una actividad económica propia, ya que no se puede considerar como tal, la mera tenencia de acciones y participaciones así como la actividad necesaria para financiar la operación de adquisición de las acciones, como sostiene la actora, pues es evidente que dichas actividades no constituyen actividad económica o empresarial por sí misma.

Además los motivos económicos alegados por la actora resultan un tanto artificiosos, pues, como se expone claramente en el Acuerdo de liquidación, “desde un punto de vista económico, los motivos alegados tampoco son válidos, ya que no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición. Es decir, la compra que realiza MIVH de la sociedad MESA no la paga este grupo alemán sino la propia MESA”.

En definitiva, no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente.”

El reciente reconocimiento de la tipicidad de las fusiones apalancadas en la nueva LME descalifica cualquier reproche de artificiosidad que a las mismas pueda hacerse

En suma, la Audiencia Nacional sostiene un argumentario que parece contener un rechazo medular a la aceptación fiscal de las fusiones apalancadas, señaladamente en el caso de que la absorbente sea una sociedad *holding* específicamente utilizada y diseñada para facilitar el endeudamiento, con el objetivo final de materializar la adquisición de las acciones o participaciones de la sociedad *target*. La base argumental descansa en la no apreciación del motivo de reestructuración o racionalización de actividades empresariales que pueda permitir una mejora de las actividades económicas desarrolladas, pues el hecho de ser la absorbente una holding sólo produce el efecto de resituarse una actividad previamente desarrollada en el seno de absorbida en la adquirente, no una mejora productiva.

Todo ello con independencia de que, incluso antes de la aprobación de la LME, tales fusiones apalancadas se han venido realizando profusamente en el mercado legal, al objeto de utilizar los flujos de caja generados por la sociedad objeto de compra en la atención de los pagos de intereses y principal de la deuda contraída en la adquisición de la sociedad objetivo o *target*, y para emplear los propios activos de esta última sociedad a fin de garantizar la deuda incurrida.

En nuestra opinión, sin embargo, no hay duda de la concurrencia de una finalidad económica suficiente, más allá del concepto estrecho de reestructuración productiva que maneja el tribunal —concepto a su parecer excluyente de los muchos otros motivos económicos que se advierten en esta clase de operaciones—, pero es que, además, el reciente reconocimiento de la tipicidad de las fusiones apalancadas en la nueva LME descalifica cualquier reproche de artificiosidad que a las mismas pueda hacerse.

En efecto, en el campo fiscal, esa tipificación de la figura no debería pasar desapercibida, pues al cabo viene a representar un supuesto justificado de excepción a la asistencia financiera prohibida.

A priori, es cierto que el tenor literal del artículo 81 del TRLSA (“La Sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su Sociedad dominante por un tercero”), podría llevarnos a la conclusión de que la fusión apalancada entra de lleno en el ámbito de la asistencia financiera prohibida, toda vez que de este modo la sociedad está financiando la adquisición de sus acciones con cargo a su patrimonio. Sin embargo, como ha venido admitiendo la doctrina, no cabe predicar tal ilicitud de modo automático, incluso *ex ante* LME. Así lo entiende Ricardo Bayona Giménez (RdS Monografía N° 19, pág. 294):

“Los ‘leveraged buy out’ no están prohibidos en nuestra legislación en sí mismos considerados. Sino que

suponen un resultado que de no provocarse por los cauces legalmente previstos y adoptando los requisitos y cautelas establecidos, se podrá entender asistencia financiera prohibida, si se reúnen todos los requisitos de esta operación y en especial el elemento intencional, característico de la prohibición tipificada en el artículo 81 L.S.A. Si por el contrario el resultado viene provocado por un negocio causal previsto en nuestra legislación y donde se garantice la protección de intereses en juego, el negocio habrá de entenderse completamente válido y eficaz". ("La prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias").

En esta línea, no presentaría ningún problema que la devolución del préstamo se realizase con cargo a recursos libres mediante distribución de dividendos.

En parecidos términos se pronuncia Luis Fernández del Pozo, quien opina: "Esa es mi opinión, congruente con el papel completivo de la prohibición (la prohibición no se despliega en aquellos supuestos en que existan mecanismos propios de garantía de terceros y socios). No son ajenas a esta opinión consideraciones de índole práctica: la necesidad de arbitrar mecanismos para que acuerdos ilícitos queden sanados en aras de la seguridad jurídica (cfr. art. 246 L.S.A.) en el marco de los arts. 115 y ss. LSA" ("Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera", Luis Fernández del Pozo, RdS, núm. 3, 1994, pág. 188)"

b) Fusión inversa:

Las fusiones inversas, recogidas hasta su derogación en el art. 250 del TRLSA como una modalidad de fusión simplificada, aparecen en el art. 53 de la LME como uno de los supuestos asimilados a la absorción de sociedad íntegramente participada, y están pensadas para aquellos supuestos en los que la sociedad absorbida sea titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la absorbente.

En esta modalidad, tan solo en el supuesto de producirse la titularidad indirecta de la absorbente, se requerirá informe de experto y, en su caso, aumento de capital de la absorbente. Así, provocando la absorción una disminución del patrimonio neto de cualquier sociedad no afectada ni involucrada en la fusión (las intermedias), podrá y deberá compensarse a las mismas por el valor razonable de la participación.

Centrándonos en el supuesto de **fusión inversa directa**, tras unas primeras vacilaciones iniciales en las que la identidad de efectos prácticos y resultados económicos susceptibles de alcanzarse, bien mediante una fusión inversa, bien mediante una disolución y liquidación de la absorbida (dominante de la absorbente), condujeron a la DGT a rechazar esta figura como autentica fusión, posteriormente, fueron de nuevo el principio de calificación unitaria y la subordinación de los conceptos fiscales y mercantiles —a lo que ayudó la explícita alusión a la figura en el artículo 250 TRLSA como fusión simplificada—, los que convencieron a la DGT para variar esta posición y aceptar el encaje de esta figura en el ámbito de las fusiones, por ende susceptible de acogimiento al régimen especial de reestructuración.

Sirva de ejemplo, entre otras muchas recaídas en este ámbito, la contestación a CV 0336-09, en la que el órgano administrativo establece:

"por tanto, en la medida en que la operación planteada cumpla los requisitos para ser calificada como una operación de fusión en los términos establecidos en la legislación mercantil anteriormente citada, esta operación podrá acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en las

condiciones y requisitos establecidos en el mismo. En este sentido, el artículo 83 del TRLIS no distingue que los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta procedan de una ampliación de capital de la sociedad adquirente o bien de acciones propias que ésta última recibiera como consecuencia de la operación de fusión.”

c) Fusión gemelar

Denominamos fusión gemelar —entre hermanas— u horizontal a la figura, también contemplada en el art. 53 de la LME, en la que cabe excluir la ampliación de capital de la absorbente en aquellos supuestos en los que las sociedades fusionadas estén *“íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio”*.

Ciertamente la redacción de la ley 3/2004 presenta, desde el punto de vista del criterio sostenido hasta hace poco por la DGT, un cambio importante. Efectivamente, el artículo 250 del TRLSA se expresaba en los siguientes términos:

“Artículo 250. Fusiones simplificadas.

1. Cuando la sociedad absorbente fuera titular, de forma directa o indirecta, de todas las acciones o participaciones sociales en que se dividiera el capital de la sociedad absorbida, el proyecto de fusión no tendrá que incluir referencia alguna al tipo y al procedimiento de canje de las acciones o participaciones sociales ni a la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales, y no será necesario el aumento del capital de la absorbente ni los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión.
2. La misma regla será de aplicación cuando la sociedad absorbente estuviera íntegramente participada, de forma directa o indirecta, por la sociedad absorbida, y cuando la sociedad absorbente y la absorbida estuvieran íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por una tercera.”

Obsérvese que la norma vigente alude a la participación alcanzada por un **“mismo socio”**, en tanto que la anterior hacía referencia a una **“tercera”**, lo que sirvió a la DGT para interpretar que los supuestos de fusiones gemelares participadas por un mismo socio persona física, siempre que se prescindiera de la ampliación de capital de la absorbente (procedimiento simplificado), no eran propiamente fusiones protegidas.

Asumida esta interpretación por la Administración, cuando la participación común venía dada por la existencia de una o varias personas físicas en el capital de las sociedades objeto de fusión, se entendía que no llegaban a cumplirse los requisitos de la fusión simplificada, de manera que la figura no quedaba válidamente encajada en el ámbito de las fusiones y, por ende, en el régimen especial del TRLIS.

Repasando las consultas de la DGT, encontramos la CV 0599-97, donde se aceptaba, sin más, el acogimiento al régimen especial de diferimiento y neutralidad (Cap. VIII del Título VII del TRLIS), por tratarse de una fusión en sentido mercantil -incluso antes de la reforma del TRLSA por la Ley 19/2005-. Más tarde, las CV 2413-06 y CV 0011-07, no es que argumenten un rechazo del acogimiento a dicho régimen de manera concluyente por mor de la inexistencia de atribución de valores al socio de las extinguidas/absorbidas, como literalmente exige el artículo 83 1 a/ del citado TRLS (circunstancia que a juicio de la DGT no

resultaba impeditiva de la aceptación fiscal), sino que, ateniéndose al tenor literal de la norma mercantil, recogían una interpretación por cuya virtud quedaban excluidas de la protección fiscal dispensada por dicho régimen, aquellas fusiones gemelares verificadas sin ampliación de capital, en las que los socios comunes en el proceso de integración fuesen personas físicas y no sociedades. Ambas contestaciones a consulta se basaban en una lectura literal del art. 250.2 del TRLSA, texto en el que figura la alusión a una “tercera”, concepto interpretado por la DGT como referencia exclusiva a una tercera sociedad.

Así, en la CV 2413-06, se lee:

“En consecuencia, la operación de fusión planteada no se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 250 del TRLSA, puesto que no se cumple ninguno de los presupuestos de hecho descritos en el mismo, y en particular, no se cumple lo previsto en el apartado segundo de dicho precepto, puesto que las dos entidades intervinientes en la operación (absorbente y absorbida) no están participadas de forma directa o indirecta por una tercera sociedad, sino por tres personas físicas”.

Y la CV 0011-07, en la misma línea, señala:

“Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con la fusión entre A y C, por cuanto se exige para su aplicación que la absorbente tenga, directa o indirectamente, la totalidad del capital de las entidades absorbidas, requisito que no concurre en el caso planteado, donde el 50% del capital de C es de titularidad de una persona física”.

Lo que subyacía en el planteamiento de la DGT (no cabe duda de ello y es una preocupación atendible), era que en los casos de participación común por persona física, las fusiones gemelares podían convertirse en un mecanismo de envejecimiento de la cartera de las personas físicas, quienes podían remansar plusvalías latentes en las participaciones más antiguas, amortizando los títulos de más reciente titularidad (bastaba para ello con elegir, como absorbente, aquella entidad cuyo capital estaba representado por las participaciones de más antigüedad en el patrimonio del socio). Por ello se inclinaba la DGT por esa interpretación literal de la norma, que no obstante tenía el inconveniente de inhabilitar la facilidad procedimental reconocida a los operadores jurídicos desde la Ley 19/1995

También parecía preocupar a la DGT la posibilidad, introducida por el art. 250.2 del TRLSA, de que la fusión gemelar pudiera realizarse entre sociedades en las que las participaciones del socio eran ostentadas, no ya directa, sino indirectamente por una tercera -aunque ésta fuese una sociedad-, pues esta posibilidad -la indirecta-, abría la puerta a otras consideraciones, como la de poderse apreciar, eventualmente, la existencia de transmisiones patrimoniales encubiertas de participaciones entre socios directos e indirectos, con incierto efecto tributario. Esto es algo que las nuevas previsiones del artículo 53 LME parecen haber despejado.

Existen numerosas contestaciones a consultas vinculantes en las que, una vez verificado que la participación común es ostentada por una o varias sociedades en igual proporción, acaban concluyendo que nada puede objetarse al acogimiento de las mismas al régimen especial de diferimiento, de nuevo en base a ese principio de calificación unitaria tantas veces citado en esta monografía. Así, la CV 0727-09, establece:

“por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende en el artículo 83.1.a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente.

Sólo en las fusiones
impropias cabe excluir la
atribución de títulos, no
en las restantes

No obstante, en este caso particular en donde las sociedades absorbidas y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aún cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en todas las entidades que participan en la operación, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en las absorbidas incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.”

Y la CV 0174-08, confirma:

“No obstante, en este caso particular en donde la sociedad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aún cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio de ambas entidades, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.”

Obsérvese, pues, cómo la **doctrina administrativa ha aceptado que no es consustancial para la aplicación del régimen especial el hecho de que no haya atribución de títulos, esto es, ampliación de capital en la absorbente, superando la literalidad del artículo 83.1. a/ del TRLIS, conclusión a la que sirve el principio de calificación unitaria referido. Lo único que motivaba el rechazo de la DGT a la procedencia del régimen especial era, insistimos, que la participación común fuera ostentada por personas físicas.**

No obstante, dado que **la nueva redacción de la LME permite —al referirse sin más al “socio”— que la participación común sea ostentada indistintamente por sociedad o por persona física**, y como quiera que subsiste la preocupación de la DGT por evitar los artificiosos envejecimientos de cartera que podrían producirse mediante la anulación de las participaciones de la sociedad de mas reciente titularidad, a través de la amortización de sus títulos —postura, insistimos, tan inconfesada como visible en las contestaciones de la DGT—, el órgano administrativo —en nuestra opinión, esta vez sí, de forma absolutamente forzada y contradictoria con lo que hasta la fecha venía sosteniendo— vira ostensiblemente en su argumentario. De ello es muestra la reciente contestación a CV 1357-09 (ex post LME), que anticipamos muy polémica y sorprendente, en la que se

advierte el cambio de razonamiento administrativo. Se señala en la misma lo que sigue:

“A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

a. fusión: la operación por la cual:

- Una o varias sociedades transfieran a otra ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad 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 títulos deducido de su contabilidad.
- Dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la nueva sociedad 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 títulos deducido de su contabilidad.
- Una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social.”

Por tanto, las definiciones contenidas en el artículo 83.1 del TRLIS son fiel reflejo de las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva 90/434/CEE.

Sin embargo, la operación que se plantea en el escrito de consulta no cumple ninguna de las definiciones señaladas ni en la Directiva 90/434/CEE ni en el propio artículo 83 del TRLIS. En particular, la realización de una operación de fusión exige, como regla general, la existencia de una contraprestación a los socios de las sociedades absorbidas, mediante la atribución de títulos representativos del capital de la entidad absorbente, con la finalidad de cumplir la equivalencia económica que estas operaciones requieren, si bien con una única excepción, que se produce cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de títulos representativos del capital social de la absorbida.

Por tanto, según se establece en la propia Directiva comunitaria, la ausencia de ampliación de capital en la sociedad absorbente, y por ello, de atribución de los títulos generados a los socios de la sociedad absorbida está previsto exclusivamente para un único caso: el supuesto en que la sociedad absorbente participa en el 100% del capital de la absorbida, circunstancia que no concurre en el caso planteado.

Por tanto, en aplicación de la Directiva comunitaria, la realización de la operación por la cual una entidad absorbe a dos entidades entre las que no existe ningún porcentaje de participación, requiere como condición sine qua non la existencia de una ampliación de capital en la entidad absorbente, con la finalidad de atribuir títulos a los socios de las sociedades absorbidas. Dicha circunstancia no concurre en el caso planteado, dado que no existe ninguna participación entre las entidades afectadas por la operación señalada, sin que a estos efectos deba considerarse válido el hecho de que las tres sociedades estén participadas por varios socios personas físicas que resulten coincidentes.

Por tanto, teniendo en cuenta que, en este caso concreto, no se cumple la definición contenida en el artículo 83 del TRLIS ni en la propia Directiva 90/434/CEE, lo cual impediría que la operación tenga esa calificación a efectos fiscales dado que, tampoco cumple las condiciones establecidas en el artículo 83 del TRLIS para considerar una operación como fusión, esta operación no podrá acogerse al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS.

No obstante, si esta operación se realiza con la consiguiente ampliación de capital en la entidad absorbente, se cumplirían los requisitos exigidos en el artículo 83 del TRLIS para ser calificada como fusión a efectos fiscales.”

Obsérvese el marcado cambio de criterio; sólo en las fusiones impropias cabe excluir la atribución de títulos, no en las restantes. Esta es la literalidad de la norma comunitaria y española, así que no hay régimen especial sin ampliación de capital, lo contrario de lo que hasta ahora se sostenía. Ya no se relativiza la atribución de títulos, como en precedentes consultas, ni se subordinan las categorías fiscales a las mercantiles, sino que, so pretexto de una interpretación estricta, se excluye del régimen especial toda operación que no entrañe ampliación de capital —con la excepción de la fusión impropia—. Y todo, es evidente, para evitar que se “cuelen” los envejecimientos de cartera, induciendo con este criterio a realizar ampliaciones de capital en la absorbente.

Nos parece una solución por completo forzada e injusta, que se aparta del principio de calificación unitaria, y que acaba produciendo una indeseable consecuencia, cual es, en la práctica, la efectiva proscripción de la fusión gemelar simplificada, lo que carece de sentido y obliga a los operadores jurídicos a realizar ampliaciones de capital en esta clase de fusiones, aumentos de capital de los que, en la práctica, podría prescindirse sin efecto adverso alguno.

Se ven así dañadas las facilidades que ofrece esta clase de fusiones, que habrían permitido sortear ecuaciones de canje, valoraciones e informes de expertos.

Ante la imposibilidad de argumentar contra la literalidad de una norma mercantil que, omnicomprendivamente, se refiere a la condición indistinta del socio común (persona física o jurídica), se fuerza una desafortunada interpretación que pretende excluir del ámbito de la neutralidad fiscal las fusiones gemelares en las que la absorbente prescinde de ampliar su capital.

Tal vez, puestos a forzar la norma, hubiese sido más razonable centrar el argumento en la necesidad de formular una ecuación de canje a efectos fiscales, al objeto de promediar la antigüedad de la cartera, pero despacharse de este modo contra las fusiones gemelares desata unas consecuencias injustas y desproporcionadas que hacen perder el sentido de la regulación mercantil de la LME

d) Operaciones asimiladas a la fusión

Más arriba se ha transcrito el artículo 53 de la LME, en el que, bajo la leyenda de operación asimilada a la fusión, se incluyen supuestos de extinción de entidades que transmiten su patrimonio a la sociedad titular de la totalidad de las acciones o participaciones ostentadas sobre aquélla.

Se trata, en definitiva, de una cesión de patrimonios asimilable a la fusión, cuya necesidad regulatoria, en términos mercantiles, no alcanzamos a entender plenamente justificada, máxime habida cuenta la superación de la cesión global de activo y pasivo como operación meramente liquidatoria, convertida en un nuevo instrumento de transmisión de empresas.

Así, puede hablarse de una cesión de patrimonios asimilable a la fusión, realizada por sociedad íntegramente participada a favor de la sociedad socia única, y con extinción de la cedente; ésta no recibe nada a cambio de la cesión, de manera que su patrimonio, reducido a cero, no necesita liquidación. Su resultado es exactamente el mismo que el de la absorción de sociedad íntegramente participada; y su realización deberá cumplir los mismos requisitos y tendrá las mismas dispensas. Pero, como sucede en la absorción por sociedad íntegramente participada, fuera de sus especialidades, rige el régimen general de la fusión, por ejemplo, en orden a la elaboración del proyecto, su depósito, efectos, o tramitación registral.

El sometimiento a las normas de la fusión excluye a estas figuras de las reglas de la nueva cesión global del activo y pasivo, que no se aplicarán, a no ser por vía de analogía, por más que se trate también de una verdadera cesión. Quizás la más llamativa exclusión sea la del derecho de oposición de los acreedores, que existe en la cesión global pero no en la fusión, y no debe existir en la cesión del patrimonio asimilada a la fusión (salvo, en uno y otro caso, si se pretende prescindir de la junta de la sociedad absorbente).

4. La cesión global de activo y pasivo

La nueva LME transforma de raíz esta figura. Efectivamente, configura esta institución como una más de las modificaciones estructurales que contempla, de forma que se convierte en algo más que un simple mecanismo liquidatorio -sin desconocer esta variante, eso sí-, constituyéndose en un nuevo instrumento de transmisión de empresas.

Su concepto se encuentra recogido en el art. 81.1 de la LME:

“Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario».

Además, se precisa: *“La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación”.*

Nótese que la contraprestación recibida puede atribuirse bien a la sociedad cedente, bien directamente a los socios. En este último caso, la distinción con la fusión por absorción estará en la contraprestación recibida, toda vez que en la cesión global de activo y pasivo no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socios del cesionario y en la fusión por absorción debe consistir precisamente en eso.

De previsible consecuencia fiscal es la precisión que consta en el art. 82 de la LME, según el cual:

“Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica”.

En definitiva, la transmisión de una empresa como tal, a favor de un tercero, y cuya contraprestación —por ejemplo, monetaria— sea recibida por el transmitente, viene ahora a ser definida, en tanto modificación estructural, como cesión global de activo y pasivo. Pero si el patrimonio societario se desagrega y se transmite a más de un cesionario, es preceptivo que cada bloque constituya una unidad económica autónoma, esto es, un todo capaz de funcionar por sus propios medios (cesión global plural)

El sometimiento a las normas de la fusión excluye a estas figuras de las reglas de la nueva cesión global del activo y pasivo

Así, tal y como declara la exposición de motivos de la Ley, se rompe amarras con la concepción clásica de esta figura, que venía limitándola al ámbito propio de la liquidación, definiéndose ahora esta institución, novedosamente, como un instrumento jurídico al servicio de la transmisión de empresas.

Lo cierto es que esta concepción liquidatoria de la cesión era más clara en el ámbito de las sociedades limitadas que en el de las anónimas. Así, la operación de cesión global se recogía en el artículo 266 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/89, de 22 de diciembre, donde se señalaba que:

“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 de activo y pasivo”.

En efecto, era en el marco de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada donde el carácter de mecanismo liquidatorio —por cierto, señalado por la Dirección General de Registros y del Notariado en sus Resoluciones— se advertía sin lugar a dudas. Así, el artículo 117 de la Ley 2/95, de 23 de marzo, incluido en la sección segunda (liquidación) del capítulo X (de la disolución y liquidación), regulaba la cesión global en los siguientes términos:

1. *“La Junta General, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, podrá acordar la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o terceros, fijando las condiciones de la cesión.*
2. *2. El acuerdo de cesión se publicará una vez en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social, con la expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los acreedores del cesionario o cesionarios a obtener de cesión.*
3. *3. La cesión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado. Durante ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión. En el anuncio a que se refiere el apartado anterior deberá mencionarse expresamente este derecho.*
4. *4. La eficacia de la cesión quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad”.*

Por último, el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio,

se refería a la cesión global del activo y pasivo en su artículo 246, incluido en la sección segunda (de la liquidación de sociedades y del cierre de su hoja registral) del capítulo VIII (de la disolución y liquidación de sociedades y del cierre de la hoja registral), del título II (de la inscripción de los empresarios y sus actos) señalando que:

1. “Cuando exista cesión global del activo y del pasivo, la cesión se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios.
2. En la inscripción de la cesión global se harán constar, además de las circunstancias generales.”

Pues bien, frente a este conjunto normativo, que permite sostener la afirmación de la exposición de motivos, y frente a la concepción liquidatoria de la cesión derivada del mismo, se alza la nueva configuración legal de esta institución. En efecto, la ley va a permitir que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras sociedades por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario.

Pues bien, el supuesto enunciado en el artículo 81.2 suscita alguna cuestión fiscal merecedora siquiera de ser apuntada. En efecto, se trata de un mecanismo de transmisión de empresas, con la particularidad de que la contraprestación es recibida total y directamente por los socios, extinguiéndose la sociedad cedente.

Esto es, la entidad transmitente será la sociedad, pero dado que la contraprestación se abona a los socios directamente desde y por la compradora —por ministerio de la ley parece que la contraprestación es imperativo entregarla a los socios, eso sí, respetando los criterios de fijación de la cuota de liquidación—, parece que, a efectos fiscales, la transmisión de empresa se produce desde la sociedad, si bien no es ésta la que tiene derecho a la contraprestación, sino su socio.

¿Habrá, en consecuencia, los hechos imposables propios de la transmisión de empresa, producida en sede de sociedad y, adicionalmente, los propios de la disolución y liquidación en sede de socio? Eso es lo que parece.

Sin embargo, nos cabe alguna duda; dado el carácter de modificación estructural que marca y rodea a la cesión, así como el cobro directo de la contraprestación por el socio, y habida cuenta de la simultánea extinción *ope legis* de la transmitente, ¿cabe alguna posibilidad de entender que, en realidad, se trata de una transmisión operada por el socio a favor de un tercero, que desconoce a efectos tributarios la sociedad en cuyo ámbito el negocio se desarrollaba? Ciertamente parece difícil interpretarlo así, pero lo dejamos apuntado.

En nuestra opinión, y es tal vez una cuestión *de lege ferenda*, la más razonable interpretación de la fiscalidad de la figura —que parece componerse de una venta de empresa por una sociedad y una liquidación societaria, con su inherente realización de plusvalías en sede de socio—, si se pretenden cohonestar sus efectos tributarios con el carácter de modificación estructural que atribuye a la misma la nueva normativa, debería ser la de configurar la transmisión patrimonial desde la cesionaria a la cedente como una transmisión en la que las plusvalías quedasen suspendidas, esto es, fiscalmente diferidas, a la vez que se gravara de manera efectiva la plusvalía obtenida por el socio en la liquidación societaria con arreglo al régimen general que le corresponda —según sea persona física o jurídica—, toda vez que el socio no permanece en la estructura societaria posterior a la modificación estructural, sino que se desliga de la cesionaria resultante.

Piénsese que si se hubiera optado por una absorción justificada en motivos de reestructuración, seguida de la venta por los socios de la absorbida de las participaciones recibidas en el canje, el efecto de diferimiento en sede de la absorbida –cesionaria– y la posterior tributación efectiva en sede del socio de esta última, por mor de la ulterior realización de las acciones o participaciones recibidas en el canje, se habría llegado a los mismos efectos.

Si pretendemos dotar a la cesión global de activo y pasivo de un régimen fiscal propio de su naturaleza de modificación estructural, ésta podría ser una alternativa, que no desconocería el carácter de plusvalía realizada en sede de socio, pero que no desataría consecuencias ligadas a la reestructuración o modificación estructural, esto es, la agrupación patrimonial.

5. Escisiones

En materia de escisiones, ciertamente el régimen legal que dibuja la LME opera una transformación sustancial, de suerte que, frente a las dos clases de escisión conocidas, la total y la parcial, se añade la **novedosa figura de la segregación**, a todos los efectos configurada como una escisión, materialmente asimilable a una aportación no dineraria de rama de actividad.

Así, la nueva ley define estas tres clases de escisión del siguiente modo:

“Artículo 69. Escisión total.

Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

Artículo 70. Escisión parcial.

1. *Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.*
2. *Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspa.*

Artículo 71. Segregación.

Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

A todas las escisiones y también, por lo tanto, a las segregaciones, se aplicará el régimen legal de las escisiones que les es propio, de suerte que a lo que conoce la ley fiscal como aportación de rama de actividad se aplicarán las reglas de la escisión (aprobación por junta general, informes de expertos, etc.).

Más específicamente, el art. 72 de la LME contiene una concreta modalidad de segregación, que materialmente reproduce el esquema de la aportación no dineraria del conjunto de la actividad empresarial de la transmitente, institución que en el mercado legal se viene denominando **filialización**. Así el art. 72 estipula:

“Artículo 72. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio. Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria”.

La recalificación legal de la aportación de rama en segregación, con independencia de entrañar el cumplimiento de determinadas exigencias procedimentales y de garantía, nada obsta para que le resulta de aplicación, a nuestro modo de ver, el régimen fiscal definido en el artículo 83.2.3 del TRLIS. Se aplica el régimen legal de la escisión, con sus requisitos tuitivos, pero, materialmente, tal y como aparece descrita en la norma tributaria, su estructura es por completo coincidente con la que define la figura mercantil de la segregación. Será en todo caso la doctrina administrativa la que lo confirme, pero la identidad esencial entre una y otra figura da fácil cabida, en el ámbito de la Directiva Comunitaria y en el propio del TRLIS, a la inclusión de la segregación entre las figuras protegidas por el diferimiento.

Decíamos que se contemplan tres modalidades de escisión. Las dos primeras, sobradamente conocidas; la total, que supone la extinción de la personalidad jurídica de la escindida, y la parcial, donde subsiste la entidad escindida y se transmite un bloque patrimonial a la beneficiaria, sea o no ésta de nueva creación.

Pues bien, en referencia a estas modalidades tradicionales, vale recordar que el criterio de calificación fiscal debe ceder ante el mercantil, de modo que, operaciones que materialmente parecen producir idénticos resultados, en tanto sean -y sólo en tal caso-, formalmente aceptadas como operaciones de escisión, resultarán acreedoras al régimen de neutralidad y diferimiento fiscal.

Es éste el supuesto de una **escisión parcial impropia**, en la que **la entidad escindida segrega una rama a favor de su socio único, lo cual, sin duda, produce efectos equivalentes a los de una reducción de capital con devolución de aportaciones**.

Otros conceptos con los que puede estar familiarizado el lector, y que no dejan de ser escisiones totales o parciales, con ciertas características que abocan a un determinado tratamiento fiscal, son, por ejemplo, la escisión subjetiva, que es aquélla en la que se cumple la regla de proporcionalidad cuantitativa pero no cualitativa, y la escisión financiera, que se da cuando el patrimonio transmitido está representado por una cartera de control ostentada sobre una tercera sociedad

La especialidad de la segregación radica en que, a cambio del traspaso en bloque de parte del patrimonio de la sociedad escindida, que debe formar obviamente una unidad económica, no

son los socios de dicha sociedad los que reciben acciones o participaciones de la beneficiarias, sino que dichas acciones o participaciones las recibe la propia sociedad escindida.

De ahí la indiscutible identidad con la aportación no dineraria de una unidad económica al capital de una entidad beneficiaria, que no obstante debe rodearse de las exigencias legales propias de una escisión.

Vale recordar que el criterio de calificación fiscal debe ceder ante el mercantil

En cuanto al régimen legal de la escisión y normas especiales, sintéticamente destacamos lo más relevante:

- La escisión se rige por las normas de fusión, salvo sus propias especialidades.
- Si participan sociedades de distinta nacionalidad, se regirá por sus respectivas leyes nacionales. Si se trata de sociedades anónimas europeas, se aplicará régimen que en cada caso les sea aplicable.
- Si un elemento activo, en una escisión total, no ha sido repartido en el proyecto, se atribuye de forma proporcional entre las beneficiarias.
- Si es del pasivo, en el mismo caso de escisión total, responden todas las beneficiarias solidariamente.
- Si las sociedades beneficiarias son anónimas o comanditarias por acciones, es necesario un informe de expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario. En el informe de los administradores se hará mención del mismo, así como del Registro Mercantil en que estén depositados estos informes o vayan a depositarse.
- Si las sociedades que participan en la escisión son anónimas o comanditarias por acciones, sean beneficiarias o escindidas, es necesario un informe de expertos independientes sobre el proyecto de escisión. El experto lo nombre el Registro Mercantil y puede ser uno solo para todas las sociedades.
- Si el acuerdo se toma en Junta Universal y por unanimidad (lo que debe preverse, como es obvio, antes del acuerdo), no son necesarios los informes de los expertos independientes, si así lo acuerdan previamente los socios. Es decir, en estos casos, en el orden del día de la Junta que apruebe la escisión de todas las sociedades debe preverse la dispensa del informe de expertos independientes.
- Existe obligación para los administradores de todas las sociedades de informar sobre los cambios patrimoniales posteriores al proyecto de escisión. Unos los harán directamente, los de la escindida,

y los otros por comunicación de ésta.

- Finalmente, se establece la responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto recibido por las mismas por las obligaciones asumidas por cualquiera de ellas y la responsabilidad de la sociedad escindida, si no se extingue, por la totalidad de la deuda.

Pues bien, en materia de escisiones son varios los asuntos que merece la pena se aborden en esta monografía.

I. De un lado, y en relación con la **escisión parcial operada mediante reducción de reservas**, pueden hacerse las siguientes consideraciones.

Es sabido que tradicionalmente la doctrina científica se planteaba la necesidad o no de reducción del capital social por parte de la escindida en estos casos. Desde el punto de vista de la situación económico-patrimonial por la que puede atravesar aquélla, era evidente que podía negarse con carácter general la existencia de una presunta obligación de reducción, de ahí la expresa mención recogida en el hoy derogado artículo 252.2, “*reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social*”, lo que parecía circunscribir aquel deber a los casos en que la masa patrimonial restante se encontraba por debajo de la cifra de capital social.

En la situación contraria, cuando el patrimonio superaba al capital, era admitido que, toda vez que existía una masa patrimonial no afecta al régimen de garantía de aquél, podía ésta ser dispuesta para su segregación y posterior agregación a la sociedad o sociedades beneficiarias, acto al que, al menos imperativamente, no había de acompañarse la reducción comentada (en esta línea de interpretación, RODRÍGUEZ ARTIGAS). Bien es cierto que no se trataba de una opinión unánime, pues otros autores entendían que la escisión supone la división de la organización de la sociedad que se escinde y subsiguiente traslado a la sociedad beneficiaria de un patrimonio organizado; y que esa disminución patrimonial no se debía imputar progresivamente a reservas disponibles, reserva legal y capital, sino que había de efectuarse proporcionalmente sobre cada uno de esos elementos, haciendo de esta forma siempre inevitable la reducción de su capital.

Sin embargo, el cambio de redacción en la definición de esta institución, desde aquel “*reduciendo la sociedad, en su caso, y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria*”, hasta el actual “*reduciendo ésta el capital en la cuantía necesaria*” (pero reduciéndolo, entendemos) parece abocarnos a considerar que, en lo sucesivo, toda escisión parcial debe pasar por una reducción de capital, de suerte que si la disposición patrimonial opera sólo sobre las reservas, nacerá la eventualidad de calificar esta operación como un mero reparto de dividendos o como una atribución gratuita de beneficios a ciertos socios.

II. Otro aspecto de interés en el que se hace visible la variación operada por la LME se produce en el ámbito de la **retroacción contable**, institución o pacto privado entre las partes de automático traslado al ámbito tributario por virtud del artículo 91 del TRLIS:

“Las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles”

Pues bien, la LME obliga a fijar en los proyecto de fusión o escisión, con determinadas excepciones, *“la fecha a partir de la cual la fusión (en nuestro caso, la escisión) tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad”*.

Se corrige de este modo una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en materia de Derecho societario, que había dado lugar a la subordinación, también en el terreno fiscal, de la retroacción o imputación de rentas a la extinción de la sociedad escindida, lo que hacía que esta institución no desplegara efectos, sin fundamento bastante para ello, en las escisiones parciales.

En efecto, el derogado artículo 236 de TRLSA exigía incluir en el proyecto *“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”*, precisión de un tenor literal muy distinto del previsto en la actual LME.

La remisión de la norma mercantil a las disposiciones de plan contable aconseja conocer la posición del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC) en esta materia, pues en definitiva es este Instituto el que fija el criterio a que habrá de someterse el proyecto de escisión en este aspecto.

Tal criterio se contiene en la contestación a consulta N° 1, publicada en el BOICAC número 75. Se refiere al ICAC a la normativa derogada, si bien sus criterios son extrapolables, sin duda alguna, a la legislación actual.

Empieza diciendo el ICAC que el artículo 235 d) del TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, era resultado de la transposición de la Tercera Directiva 78/855/CEE (trasposición por otro lado, insistimos, realizada con cierta incorrección que enmienda la LME).

Pues bien, una reciente **contestación a consulta evacuada por el ICAC**, emitida previa petición de informe a la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, deduce del contenido de la Ley 16/2007, llamada de Reforma Contable, y del propio Plan General de Contabilidad, consecuencias de sustancial calado mercantil en lo que respecta a la retroacción contable, con obvia incidencia tributaria.

En efecto, la contestación a consulta, a partir de la distinta configuración que las Normas de Registro y Valoración del PGC establecen entre las Combinaciones de negocios (NRV n° 19) y las Operaciones Intragrupo (NRV n° 21), deduce ciertas consecuencias seriamente limitativas del alcance del pacto de retroacción sólo respecto de las primeras. Recuérdese que en tales combinaciones se sigue el método de adquisición, y que la contabilización de las operaciones de fusión y escisión en las que una entidad adquiere el control de otra -con identificación de las empresas adquirente y adquirida-, debe referirse indudablemente a la fecha de adquisición del control.

Nos recuerda el ICAC que si bien la Ley de Sociedades Anónimas —léase, hoy, LME— ordena que en el proyecto de fusión se mencione la fecha de retroacción, esta mención ha de estar supeditada a los métodos contables que se establezcan para el registro y valoración de las fusiones y escisiones (así lo contempla, explícitamente, la LME hoy en día).

Por ello, ya a partir de la entrada en vigor de la normativa que emana de la Ley 16/2007 y, en particular, del nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, entiende el ICAC que dada la metodología de registro contable de estas operaciones ubicadas en el ámbito de la NRV nº 19 sobre Combinaciones de negocios, no puede designarse de forma potestativa una fecha de fusión a efectos contables anterior a la fecha de adquisición del control.

En apoyo de esta tesis, de clara y manifiesta incidencia en el ámbito mercantil, cita el ICAC el informe de la Abogacía del Estado, en el que se incluye la siguiente conclusión:

“PRIMERA.- Tras la entrada en vigor del Nuevo Plan de Contabilidad, 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, será la de toma de control efectivo por la sociedad adquirente y, por tanto, sólo a partir de la fecha en que se adopte el acuerdo de la junta de accionistas de la sociedad adquirida sobre el proyecto de fusión, siempre que contenga pronunciamiento sobre la asunción de control del negocio por la adquirente, aunque no podrá referirse a un momento anterior.

SEGUNDA.- Lo expuesto para las fusiones es igualmente aplicable a las escisiones de sociedades.”

En definitiva, en una fusión incluida en el ámbito de las **Combinaciones de negocios** reguladas en la Norma de Registro y Valoración nº 19ª del Plan General de Contabilidad, la **fecha de efectos contables ha de coincidir o, en todo caso, no podrá ser anterior a la fecha de adquisición, es decir, aquélla en la que la sociedad adquirente obtiene el control de la sociedad adquirida**. En ausencia de un control previo, el informe de la Abogacía del Estado considera que **la fecha de toma de control no puede ser anterior a la aprobación en junta general del proyecto de fusión o escisión**, en los términos expresados en la conclusión anteriormente reproducida.

Muy distinto será el supuesto de una fusión o escisión realizada en el ámbito de la NRV nº 21 (**Operaciones intragrupo**), toda vez que en estos supuestos el **control es previo, y preexiste a la formalización jurídica de las operaciones**, en cuyo caso nada impide que las sociedades involucradas puedan **pactar una fecha de eficacia anterior, si bien con el límite del cierre del ejercicio anterior**.

III. Otro modo de articular una escisión, previsto por la norma, que se desprende del artículo 76 de la LME —técnicamente no se trata de una clase de escisión, sino de una peculiaridad en la regla de atribución de participaciones a los socios—, da lugar a lo que ha venido llamándose **escisión subjetiva o de atribución concentrada**.

Pues bien, existe en la práctica jurídica un malentendido muy extendido sobre el concepto de escisión subjetiva. Generalmente se entiende que existe una escisión subjetiva cuando se atribuye a los socios una participación en las sociedades beneficiarias de la escisión en proporción distinta a la participación que tenían en la sociedad que se escinde, con objeto, en general, de atribuirle a uno o varios socios (pero no a todos) la totalidad de las participaciones de una sociedad beneficiaria de la escisión.

Sin embargo, la validez mercantil de este concepto se subordina a ciertos requisitos que conviene

precisar, ya que, en principio, es consustancial a la escisión la regla de proporcionalidad en la atribución de los patrimonios que se escinden (mediante canje de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias de la escisión) a los socios de la sociedad que se escinde. Esta característica se da tanto en la definición de la escisión contenida en la legislación mercantil, como hemos visto, como en la recogida en la legislación fiscal (artículo 83.2.1 del TRLIS).

No puede designarse de
forma potestativa una
fecha de fusión a efectos
contables anterior a la
fecha de adquisición del
control

Ahora bien, el hecho de que se exija que la atribución de participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión sea proporcional, no impide atribuir a uno o más socios (pero no a todos) tan solo participaciones de una de las sociedades que se escinden y al resto (con exclusión de los anteriores socios) participaciones de la otra sociedad. Esto es posible, como se verá, bajo unas reglas mínimas.

Y es que este tipo de escisión no quiebra la regla de la proporcionalidad, consustancial en esta operación societaria, siempre que en ella exista una proporcionalidad cualitativa, pues la proporcionalidad de la escisión puede ser tanto cuantitativa como cualitativa.

La proporcionalidad cuantitativa se da cuando se atribuye a los socios de la sociedad que se escinde un número de participaciones en cada una de las sociedades beneficiarias de la escisión, igual a su participación en la sociedad que se escinde.

La proporcionalidad cualitativa se produce cuando se atribuye una participación en los patrimonios que se escinden —mediante adjudicación de las participaciones de sociedades beneficiarias de la escisión— igual a la que se tenía en la sociedad escindida.

Pero cabe una precisión importante; un buen entendimiento de la normativa sobre escisiones parte de exigir que la regla de la proporcionalidad deba darse en las sociedades beneficiarias de la escisión (aunque sea concentrando la participación de un socio en una sola sociedad), pero no entre la sociedad beneficiaria de la escisión y la que se escinde.

De ahí que el único precepto que da carta de naturaleza a la escisión subjetiva (o escisión con atribución concentrada) implícitamente —tal vez de un modo menos inequívoco que en el anterior artículo 252.1.2, segundo párrafo, del TRLSA—, presuponga la existencia de una “*pluralidad de sociedades beneficiarias*” (artículo 76 LME), pues si se segregara el patrimonio de una sociedad aportándolo a una sola entidad beneficiaria de la segregación, a cambio de acciones o participaciones de ésta y se atribuyese a uno de los socios la participación íntegra en el capital de tal beneficiaria, no existiría una atribución proporcional; se estaría atribuyendo una integridad a quien sólo tiene una parte.

Pues bien, siendo ésta la opinión mercantil más sólidamente defendible, la misma parece haber sido acogida por la propia doctrina administrativa en materia tributaria. En efecto, la DGT, en CV 0015-02,

se ha inclinado por entender que una **escisión subjetiva a favor de una sola entidad, constituya o no el patrimonio segregado una rama de actividad, responde, en su naturaleza, al concepto de separación de socios, no propiamente al de escisión**. En efecto, en la citada consulta se puede leer:

“La primera alternativa que se nos plantea consiste en la realización de una operación que, pese a la calificación por el consultante como escisión parcial, no reúne los requisitos que el artículo 252 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece para dichas operaciones. La escisión parcial, de acuerdo con el citado artículo, requiere que las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión se atribuyan a los accionistas de la sociedad que se escinde de manera proporcional a sus respectivas participaciones lo que, en el caso consultado, supone que tanto el socio A como el socio B reciban acciones de la sociedad beneficiaria de cada una de las escisiones, mientras que la operación planteada por el consultante, no atribuye participaciones de la entidad beneficiaria de cada escisión a los dos socios de las sociedades escindidas, sino sólo a uno de ellos, parece encuadrarse en el concepto de separación de socios, por lo que no podría acogerse al régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la LIS”

Este criterio, que excluye del ámbito de las escisiones aquellas de índole subjetiva que se verifican en favor de una sola beneficiaria, correctamente alineado con una adecuada interpretación de la norma mercantil, ha sido reiterado por la DGT en otras y numerosas contestaciones a consultas, como la CV 2376 -08 o la CV 0320-09.

IV. Por otro lado, en materia de calificación y de armonización entre los criterios mercantiles y fiscales, vale la pena destacar lo referente a las **escisiones parciales impropias**.

En ese sentido, léase la contestación a CV 1086-09, que reza como sigue;

“La sociedad A es filial al 100% de la entidad C. Se pretende llevar a cabo una reestructuración de A con la finalidad de que se dedique exclusivamente a la adquisición, tenencia y arrendamiento de pisos y locales de negocio, lo que implica desprenderse de las participaciones en B.

En este sentido, la delimitación de los supuestos que constituyen una escisión parcial susceptible de ampararse en el régimen fiscal especial (rama de actividad, cartera de control) debe partir de la concurrencia, como mínimo, de los requisitos exigidos en la normativa mercantil. Desde esta perspectiva el patrimonio segregado debe estar constituido por participaciones mayoritarias en una o varias entidades. Igualmente, resulta necesario que el patrimonio que permanece en sede de la entidad escindida esté constituido al menos por participaciones mayoritarias en otra u otras entidades, o bien por una rama de actividad. Ambas circunstancias parecen cumplirse en el caso consultado, en la medida en que se segrega una participación mayoritaria en la entidad B permaneciendo en el patrimonio de la entidad A la actividad económica destinada al arrendamiento y tenencia de pisos y locales de negocio. No obstante, estas son circunstancias de hecho que deberán ser probadas, en su caso, ante los órganos competentes. Dado que esta operación es una escisión parcial impropia puesto que la entidad beneficiaria tiene participación en el capital de la entidad escindida, siempre que esta operación sea calificada a efectos mercantiles como una escisión y no una operación de reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios o una distribución de reservas en especie, igual consideración tendría a efectos fiscales, en cuyo caso la operación planteada de escisión financiera

podría acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS”.

Por otro lado, en similares términos a los expresados en aquellas fusiones gemelares u horizontales de procedimiento simplificado, en las que la participación común era ostentada por socios personas físicas, la DGT, en CV 0555-07, ha entendido que **la calificación como escisión parcial impropia no procede si los socios de la escindida receptores del patrimonio segregado son personas físicas:**

“la operación descrita en el escrito de consulta, pese a su denominación por la consultante como escisión financiera, no cumple tales requisitos, por cuanto una operación de escisión exige que las participaciones mayoritarias que se segregan de la entidad escindida (en este caso, la consultante) sean objeto de aportación a otra entidad, nueva o ya existente. En el caso planteado, no se produce tal circunstancia sino que las participaciones de la entidad segregada se entregan a los socios de la consultante, personas físicas. Esta operación no cumple los requisitos necesarios para su calificación como escisión financiera a que se refiere el citado artículo 83.2.1º.c) del TRLIS, sino que parece más bien un supuesto de reducción de capital con devolución de aportaciones en especie a los socios.”

6. Traslado del domicilio social al extranjero

Aun no siendo propiamente una modificación estructural, es objeto de especial atención por la LME.

La nueva ley contempla tanto el traslado de domicilio de España al extranjero como su contrario, si bien las consecuencias fiscales que pueden producirse en el ámbito del ISS se anudan al primero de ellos.

En efecto, el impuesto societario, en su artículo 17. 1 a/, configura un régimen de realización de plusvalías por desafectación de activos que viene a ser un auténtico “exit tax”. Dice el citado artículo:

1. “Se integrara en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales:
 - a. Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En este caso será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 85.”

Ahora bien, conviene en este ámbito hacer una precisión. **El mero traslado de domicilio social al extranjero no es presupuesto de aplicación del artículo 17. Este solo desata efectivas consecuencias cuando lo que se traslada, con o sin traslado del domicilio social, es el domicilio o residencia fiscal.** Así lo reconoce la CV 1237-07, cuando señala:

“Conforme a las manifestaciones realizadas por la consultante y a las circunstancias que describe, la intención de la misma es trasladar su domicilio social a Luxemburgo. No se aclara, sin embargo, si también trasladaría a ese Estado su residencia a efectos fiscales. Las implicaciones fiscales relativas al Impuesto sobre Sociedades de la consultante, derivadas del traslado de su domicilio social a Luxemburgo, serían distintas si se produce el traslado del domicilio social y la residencia a efectos fiscales o si sólo se produce el traslado de domicilio social, manteniendo en España su residencia a efectos fiscales. A continuación, se señalan las consecuencias en cada caso.

Traslado del domicilio social y la residencia a efectos fiscales a Luxemburgo.

En este supuesto, la consecuencia de ambos traslados es que la consultante deja de ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades a partir del momento en que se produzca el efectivo traslado de la residencia a efectos fiscales, siendo de aplicación lo establecido en el citado artículo 17.1.a) del TRLIS.

Traslado del domicilio social a Luxemburgo, manteniendo en España su residencia a efectos fiscales.

En este supuesto, en el que se mantendría la sede de dirección efectiva de la sociedad en España, la consultante seguiría siendo sujeto pasivo de Impuesto sobre Sociedades, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 del TRLIS."

Y como quiera que el factor determinante de las consecuencias fiscales se anuda al concepto de domicilio fiscal, permítasenos, para concluir estos comentarios, una breve digresión acerca de este último.

Pues bien, en el contexto de las relaciones fiscales internacionales, y a consecuencia de que, en el ejercicio de su soberanía, diferentes jurisdicciones nacionales pueden atribuir a las personas jurídicas la condición de residentes fiscales en su territorio en razón de criterios dispares de legalidad interna -sujetando a las mismas a obligación personal de contribuir-, pueden generarse en ocasiones los denominados conflictos de doble residencia.

Los Convenios de Doble Imposición suelen plantearse la resolución de estos conflictos, producidos tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las jurídicas. En el marco de estas últimas, los Convenios tienden a resolver aquellos atribuyendo la tributación exclusiva sobre la entidad afectada por el conflicto, al país en el que se sitúe la **sede de dirección efectiva** de la misma.

Es preciso, por lo tanto, conocer cuáles son los criterios que la legislación española emplea para definir tal concepto.

El vigente artículo 8 del TRLIS recoge los criterios por los que se entiende que una determinada entidad es residente en territorio español, quedando a sus resultas la obligación personal de contribuir. Así, nos dice la norma (y prescindimos, de momento, de las adiciones introducidas por la Ley 36/2006, las medidas antiparaíso que más abajo se comentarán);

1. "Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:
 - a. Que se hubieren constituido conforme a las Leyes españolas.
 - b. Que tengan su domicilio social en territorio español.
 - c. Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades."

Y más adelante;

2. El domicilio fiscal de los sujetos pasivos residentes en territorio español será el de su domicilio

social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios anteriores, prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.”

Pues bien, en línea con lo que es una constante de nuestra legislación tributaria en materia del Impuesto sobre Sociedades, este artículo otorga especial importancia al concepto de sede de dirección efectiva en cuanto atañe a la fijación de la residencia de las personas jurídicas, asociando el mismo al lugar donde esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios de la entidad.

Con mayor precisión, el ya remoto Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 2631/82, de 15 de octubre), precedente inmediato del actual, en su artículo 22 definía como dirección efectiva de la entidad, a efectos de la fijación de su domicilio fiscal, el lugar en el que concurrían las siguientes circunstancias:

3. *“Que exista en él una oficina o dependencia donde se verifique normalmente la contratación general de la Entidad, sin perjuicio de la que es propia y característica de las sucursales y de la que pueda desarrollarse en otros lugares, dada la naturaleza de las actividades ejercidas.*
4. *Que en él, o en oficinas habilitadas al efecto en el territorio a que se extienda la competencia de la misma Delegación de Hacienda, se lleve de modo permanente la contabilidad principal, con el desarrollo, justificantes y antecedentes precisos para poder verificar y apreciar en debida forma todas las operaciones sociales.*
5. *Que dentro del repetido territorio estén domiciliados fiscalmente administradores o gerentes de la Entidad en número adecuado para que sea debidamente ejercida la dirección de los negocios sociales.”*

A su vez, el artículo 23 del citado Reglamento establecía unas reglas de prelación de criterios, aplicables en aquellos supuestos en los que las circunstancias arriba precitadas no concurrían, en su totalidad, en el domicilio social de la entidad.

Como se observa, en la normativa vigente, la noción de sede de dirección efectiva se vincula al lugar donde se centraliza la gestión administrativa y la dirección de los negocios. Para concretar este concepto jurídico indeterminado, ciertamente pueden ayudar los criterios que ofrecía el anterior Reglamento del impuesto, cuyo objeto era ubicar el domicilio fiscal de la entidad en una determinada Delegación de Hacienda del territorio nacional. Pero no cabe duda, en todo caso, de que se trata de una cuestión problemática, que exige una valoración individual de cada caso concreto.

Pues bien, en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales, conviene tener presente lo que, a estos efectos, establece el Comité de Asuntos Fiscales de la O.C.D.E.

Así, en principio, el artículo 4 del Modelo de Convenio de la OCDE (como es sobradamente conocido, España adapta sistemáticamente los distintos Convenios de Doble Imposición que hasta la fecha ha suscrito a aquél), en su punto 1, señala:

“1.- A los efectos de este Convenio, la expresión ‘residente de un Estado contratante’ significa toda

persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.”

Y el apartado 3 del citado artículo 4, añade:

“3.- Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva.”

Debe decirse que en lo atinente a los conflictos de doble residencia, planteados en el marco de los Convenios de Doble Imposición, son escasos los pronunciamientos de la doctrina administrativa. Por tal motivo, cobra especial relevancia una contestación a consulta evacuada por la DGT de fecha 7 de Mayo de 2002, en la que se contempla un conflicto de doble residencia producido en el marco del Convenio de Doble Imposición hispano-irlandés. Se trata del caso de una entidad que, constituida con arreglo a la ley española, no obstante dice mantener su sede de dirección efectiva en Irlanda. Al objeto de dar respuesta al contribuyente respecto de los criterios a emplear a efectos de dirimir tal conflicto, merece la pena destacar, en esta digresión, alguno de los párrafos de la referida contestación, en la que se puede leer:

“Supuesto que se da esa condición previa, la doble residencia, el Convenio establece que la potestad tributaria para gravar a la entidad como Estado de residencia va a corresponder a aquel donde se encuentre su sede de dirección efectiva. El Convenio no define este concepto. Los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE sí dan algunas pautas importantes para su interpretación. Así, la sede de dirección efectiva será ‘el lugar donde se adoptan sustancialmente las decisiones comerciales y de gestión claves para encauzar la actividad económica de la entidad. La sede de dirección efectiva será normalmente el lugar donde toma sus decisiones la persona o grupo de personas de mayor jerarquía dentro de la entidad (por ejemplo, el consejo de administración), el lugar donde se determinan las estrategias de la entidad en su conjunto; sin embargo no puede darse una regla definitiva al respecto y para determinar la sede de dirección efectiva habrán de ser examinados todos los hechos y circunstancias que concurren en cada caso’ (Párrafo 24, comentarios al Artículo 4)”.

Más adelante, añade la referida contestación; “Sus oficinas, empleados y activos estarán ubicados en Irlanda (si bien no está claro si la empresa tiene alguna estructura o subcontrata todos los servicios que presta como también da a entender la consulta). La mayoría de los miembros del Consejo de Administración son residentes en Irlanda, donde se celebran todas las reuniones del Consejo. La entidad estaría controlada y gestionada en Irlanda. Examinadas estas circunstancias a la luz de los comentarios transcritos más arriba, parece claro que la sede de dirección efectiva... se encontraría en Irlanda”.

En definitiva, la doctrina de la OCDE se inclina por considerar como criterio prevalente en la resolución de los conflictos de doble residencia, el relativo al lugar donde se sitúe la sede de dirección efectiva, concepto jurídico indeterminado que obliga a hacer un análisis casuístico de los supuestos que se presenten, si bien, como recuerda la DGT, debe ponerse el énfasis en el lugar donde radique el centro de decisión ejecutivo de la entidad. De modo que, en defecto de la clara ubicación del consejo directivo o de administración, la

“**sede de dirección efectiva**” debiera situarse donde se encuentre la gestión clave (“key management”) y la toma de las decisiones empresariales “sustanciales” de la sociedad que, de ordinario, coincidirá con el lugar donde se encuentre el personal más cualificado (“the most senior person or group of persons”).

La importancia de esta consulta, que marcó la línea a seguir por alguna otra posterior, radicó en la asunción de los criterios emanados del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, conocidos a través de sus Comentarios, y que constituyen interpretación auténtica de los Convenios.

Por cierto, y con ello concluimos estas notas, recuérdese que el concepto de domicilio fiscal se ha visto salpicado recientemente por las **medidas antiparaíso**, introducidas por la [ley 36/2006](#) en nuestro ordenamiento, que añade un nuevo párrafo a este artículo 8 del TRLIS en los siguientes términos.

“La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, o considerado como paraíso fiscal, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.”

Recientes interpretaciones del nuevo artículo han acotado su alcance, en el sentido de entenderse (CV 0026-09), que:

“la norma exige analizar no sólo los bienes o derechos poseídos de manera directa sino también de manera indirecta, es decir, a través de entidades participadas o interpuestas que posean bienes o derechos ubicados en territorio español. Precisamente, este análisis aplicado al caso consultado determinaría una situación contraria a la pretendida por la norma, ya que la sociedad consultante no tiene sus activos principales, directa o indirectamente, situados en territorio español, sino situados en el extranjero a través de las participaciones que constituyen su activo. Por lo que no procederá la aplicación de la presunción establecida en el artículo 8 del TRLIS al caso concreto planteado en el escrito de consulta”.

Igualmente, en el caso de una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros, la CV 1704-08 establece:

“cuando la entidad residente en territorio español no desarrolla actividad económica diferente a la tenencia de participaciones en entidades no residentes como en el caso consultado, la presunción establecida en el TRLIS determina valorar si sus activos principales, directa o indirectamente, consisten en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, es decir, la norma exige analizar no sólo los bienes o derechos poseídos de manera directa sino también de manera indirecta, esto es, a través de entidades participadas o interpuestas que posean bienes o derechos ubicados en territorio español, como fuentes de rentas. Precisamente, este análisis aplicado al caso consultado determinaría que la sociedad consultante no tiene sus activos principales, directa o indirectamente, situados en territorio español, sino situados en el extranjero a través de las participaciones que constituyen su activo. Lo que significa que ninguno de los socios de la consultante se encontrará en el ámbito de aplicación de la presunción señalada, por cuanto que, además, la tributación en territorio español por las rentas procedentes de las entidades

participadas en el extranjero no se altera respecto de la que resultaría de considerar a tales inversores radicados en paraísos fiscales residentes en territorio español.”

