

TRIBUTACIÓN	DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE EN EL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE FUSIONES Y ESCISIONES: LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS REALIZADOS DESPUÉS DEL PROYECTO DE FUSIÓN O ESCISIÓN Y ANTES DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO	Núm. 13/2005
--------------------	--	-------------------------

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

*Profesor Titular Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Rey Juan Carlos*

Extracto:

DESDE un punto de vista tributario se ha planteado qué sucede cuando se inicia un proyecto de reestructuración empresarial al abrigo de una norma jurídica que permite acogerse al régimen privilegiado de fusiones y escisiones pero como consecuencia del largo proceso, dicha norma cambia antes de la inscripción en el Registro. Esta cuestión no está solventada en la normativa, y nos encontramos ante un vacío legislativo que la DGT ha integrado señalando que la norma aplicable es la vigente en la fecha de la inscripción, ya que conforme al artículo 245 de la LSA la inscripción es constitutiva. Esto ha ocurrido, sin ir más lejos, con la reforma del régimen acometida por la Ley 14/2000, de Acompañamiento para 2001. En dicha ley hubo dos modificaciones fundamentales relativas a las condiciones para acogerse al régimen. Por un lado, aparece el motivo económico válido como requisito necesario de régimen. Por otro, las escisiones subjetivas –aquellas donde cada socio se quedaba en exclusividad con una entidad– donde no existía rama de actividad se excluyeron del régimen. De esta manera, a todas las operaciones que no estuvieran inscritas antes de 31 de enero de 2000 les será aplicable el nuevo régimen, incluso en aquellas en que el acuerdo de reorganización se hubiera elevado a escritura pública.

Para el autor, la aplicación de la norma vigente en la fecha de la inscripción contraviene tanto el Derecho mercantil como el propio Derecho tributario, además de vulnerar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Por el contrario, sostiene que la norma aplicable debe ser, como mínimo, la vigente en la fecha del acuerdo.

Sumario:

1. Introducción.
2. El procedimiento de fusión o escisión en la normativa mercantil y la incidencia del régimen fiscal aplicable. Significado de la inscripción registral.
 - a) Incidencia de los aspectos fiscales en el procedimiento de fusión o escisión.
 - b) Incidencia de los cambios legislativos fiscales en el procedimiento de fusión o escisión. Los efectos de la doctrina de la DGT.
 - i. Cambio legislativo fiscal antes de la aprobación por los socios del proyecto de reestructuración.
 - ii. Cambio legislativo fiscal producido con posterioridad a la aprobación por los socios del proyecto de reestructuración.
 - c) La significación del acuerdo de fusión o escisión y de la inscripción en el Registro Mercantil.
 - d) El Derecho tributario y su acercamiento al Derecho mercantil.
3. La determinación de la norma aplicable en los procedimientos de reestructuración. Argumentos en contra de la DGT.
 - a) La existencia de un vacío normativo a la hora de determinar la ley aplicable con relación a las condiciones de las reestructuraciones empresariales.
 - b) La norma aplicable en el Impuesto sobre Operaciones Societarias y la Plusvalía Municipal.
 - c) La presentación en el Registro y la inscripción en el Registro.
 - d) La comunicación del acogimiento al régimen de fusiones y escisiones.
 - e) Necesidad de que en el proyecto de fusión conste la aplicación del régimen de privilegio; régimen actual y el régimen anterior.
 - f) La intrascendencia de las consultas tributarias y la vulneración de la seguridad jurídica.
 - g) Las disposiciones transitorias en las normas que han modificado los regímenes de fusión y escisión.
4. Retroactividad de la norma y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.
5. La necesidad de realizar una interpretación conforme a criterios lógicos y constitucionales (conclusiones).

Bibliografía.

NOTA: El autor quiere manifestar su agradecimiento a los profesores don Pedro HERRERA MOLINA, don Gerardo MENÉNDEZ y don Carlos PALAO por la lectura del trabajo y por las sugerencias realizadas. Naturalmente, cualquier error que se pueda encontrar sólo a mi es imputable.

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de fusión y escisión de entidades mercantiles son procedimientos complejos que requieren un tiempo mínimo para poder concluir con la inscripción en el Registro Mercantil. Desde que se inicia la fusión o escisión con el proyecto, o incluso antes con el denominado protocolo, hasta que el registrador califica pueden pasar varios meses y, por lo que aquí interesa, puede empezar en un año y terminar en otro.

Desde un punto de vista tributario se ha planteado qué sucede cuando se inicia un proyecto de reestructuración empresarial al abrigo de una norma jurídica que te permite acogerte al régimen privilegiado –puede tener la entidad incluso una consulta vinculante favorable– pero como consecuencia del largo proceso dicha norma cambia antes de la inscripción en el Registro. De esta manera, un proceso de reestructuración diseñado con un régimen tributario, que en muchos casos será un elemento decisivo para adoptar el acuerdo, se ve modificado, afectando de modo sustancial a la operación. Esto ha ocurrido, sin ir más lejos, con la reforma del régimen acometida por la Ley 14/2000, Ley de Acompañamiento para 2001. En dicha ley hubo dos modificaciones fundamentales relativas a las condiciones para acogerse al régimen. Por un lado, aparece el *motivo económico válido* como requisito necesario de régimen ¹. Pero, sobre todo, las escisiones subjetivas –aquellas donde cada socio se quedaba en exclusividad con una entidad– donde no existía rama de actividad se excluyeron del régimen. Así, por centrarnos en esta segunda cuestión, una entidad jurídica que realiza una sola actividad económica con tres socios reestructura su patrimonio mediante una escisión total, con la creación de tres entidades con valores proporcionales, cada una participada al 100 por 100 por cada socio (escisión subjetiva) ². Pues bien, partiendo de la base de que el motivo económico fuera válido esa operación se podía acoger al régimen privilegiado con la norma anterior a la Ley 14/2000, pero no si se aplica ésta ³.

¹ Sobre el alcance y significado de los motivos económicos válidos *vide*, por todos, GARCÍA NOVOA (2001b, págs. 19 y ss.), PALAO TABOADA (2002, págs. 63 y ss.), y MENÉNDEZ GARCÍA [2003].

² El presente estudio va a tomar como ejemplo de estas situaciones la modificación de la Ley 14/2000 con relación a las escisiones subjetivas. Esta elección tiene como finalidad apearse a un caso real para facilitar la argumentación. Pero lo que se diga es extensible a cualquier situación análoga de cambio de régimen que afecte a las condiciones necesarias para acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

³ Esta reforma se ha catalogado como una norma antielusoria, en la medida que se entendía que estas situaciones eran similares a los supuestos de separación de socios o, incluso, de liquidación de la entidad (GARCÍA NOVOA, 2001a, págs. 1.814-1.815).

La controversia surge con relación a las escisiones subjetivas que se comenzaron con anterioridad a la Ley 14/2000, norma con la que se podían acoger a los beneficios fiscales, pero se concluyeron con dicha reforma ya vigente, que impedía acudir al régimen de privilegio. Y la base del problema radica en que, a nuestro parecer, en la normativa tributaria existe un *vacío legal* para solventar este tipo de cuestiones. En ningún lugar se dispone qué norma es la que determina los requisitos que se exigen en las reestructuraciones (concepto de fusión, escisión, aportaciones no dinerarias, canje de acciones y motivo económico válido) ⁴.

No obstante lo dicho, las soluciones a este tipo de problemas se solventan, generalmente, mediante las disposiciones transitorias que tratan precisamente de regular las situaciones sometidas a dos o más normas. La Ley 14/2000 no estableció ninguna disposición transitoria para afrontar esta problemática. Y, a nuestro juicio, no se estableció porque no se fue consciente de que el *procedimiento jurídico* es la base de cualquier fusión o escisión ⁵. La Dirección General de Tributos (DGT) (Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas), ante este vacío legal, ha entendido que la norma aplicable es la vigente cuando se produce la inscripción en el Registro Mercantil, momento en el que cabe entender realizadas las operaciones de fusión o escisión conforme se dispone en el artículo 245.1 de la LSA. De esta manera, entidades que han realizado un proyecto de reestructuración e incluso cuando las juntas generales lo han aprobado siendo aplicable una determinada regulación se encontrarían ante un régimen nuevo que les impediría aplicar los beneficios fiscales ⁶. Por lo que conocemos, sin embargo, hay una consulta de la DGT que se ha separado de esta doctrina y ha entendido que es la fecha de adopción de los acuerdos sociales la que debe tomarse en consideración a la hora de la aplicación del régimen especial (Resolución de 22 de agosto de 2003, consulta núm. 1127-03, *Normacef Fiscal*, NFC018461).

El objeto del presente estudio es determinar si, ante el vacío normativo existente, la interpretación de la DGT sobre la aplicación temporal de la norma del régimen privilegiado de fusiones o escisiones es o no conforme a Derecho. A nuestro parecer, y avanzamos ya nuestra postura, una interpretación con criterios lógicos, sistemáticos y con arreglo a principios constitucionales abogan por un juicio distinto. La norma que se debe tomar en consideración es la vigente, como mínimo, en la fecha de los acuerdos de fusión o escisión.

⁴ Hay que tener en consideración que en normativa del IS se regulan dos cuestiones diferenciadas respecto a los regímenes de privilegio en las reestructuraciones. En primer lugar, el tratamiento de las rentas en el IS y en el IRPF, que se ponen de manifiesto como consecuencia de las operaciones de reorganización. Y, en segundo, se regulan los requisitos para que una reestructuración pueda acogerse a la totalidad de beneficios fiscales (IVA, IS, IIVTNU, ITPAJD e IRPF). En concreto, estos requisitos vienen recogidos en los artículos 83 y el 94 del TRLIS, que determinan qué operaciones se pueden acoger al régimen fiscal, y el artículo 96, que regula la existencia de motivos económicos válidos y la opción por el régimen. *Vide*, al respecto, MENÉNDEZ GARCÍA [2003].

⁵ Incluso LÓPEZ-SANTACRUZ (2004, pág. 49), persona vinculada a la Administración, advierte que con relación a las escisiones subjetivas iniciadas con anterioridad a 1 de enero de 2001 pero que concluyen con posterioridad no hay un régimen transitorio, lo que supone reconocer que la escisión es un procedimiento. No obstante, señala el autor que debe aplicarse el régimen vigente en el momento en que tiene lugar la realización del hecho imponible derivado de la operación, es decir, la fecha de inscripción. Esta tesis es, a nuestro parecer, equivocada.

⁶ Resoluciones de la DGT de 9 de octubre de 2002 (consulta vinculante 56-02, *Normacef Fiscal*, NFC017272), de 29 de enero de 2003 (consulta vinculante 14-03, *Normacef Fiscal*, NFC017413) e indirectamente la de 23 de diciembre de 2003 (consulta vinculante 145-03).

2. EL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN O ESCISIÓN EN LA NORMATIVA MERCANTIL Y LA INCIDENCIA DEL RÉGIMEN FISCAL APLICABLE. SIGNIFICADO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Si partimos de la base que la DGT señala como fecha que determina las condiciones de aplicación del régimen fiscal privilegiado, la de inscripción de la fusión o escisión, por ser el momento en que éstas tienen eficacia mercantilmente (art. 245 de la LSA), el primer paso, a nuestro juicio, será establecer cuál es la función y significado de la regulación mercantil de las reestructuraciones empresariales y cuál es la finalidad de la inscripción en el Registro.

Tanto la Tercera Directiva, sobre fusión de sociedades anónimas (78/855/CEE), como la Sexta Directiva (82/891/CEE), referente a la escisión de sociedades anónimas, tienen como objetivo armonizar los diversos regímenes nacionales relativos a la fusión y escisión de sociedades, con vistas a procurar que en todos ellos se diese una tutela de los diversos intereses en curso; socios, trabajadores y acreedores. Y se desarrolla un *procedimiento* cuya base está en el reforzamiento de la información, fundamentalmente a los socios. Nuestra normativa interna, en la transposición de la Directiva, ha establecido un proceso al que deben ajustarse las entidades que pretendan una reestructuración empresarial. Y este *procedimiento actúa, por tanto, como presupuesto de la eficacia de la fusión*, y, a su vez, trata de proteger todos los intereses en juego, estableciéndose en la norma diversos mecanismos de tutela (LARGO GIL, 2002, pág. 5.055) ⁷. Y precisamente por este procedimiento, la fusión o escisión se convierte en un proceso largo y complejo, lo que puede mermar la *eficacia* de la institución ⁸.

Los procedimientos de fusión se inician materialmente con lo que se denomina *protocolo*, donde con carácter previo a la realización del proyecto, se sientan ya unas determinadas bases entre las partes ⁹. Pero, jurídicamente, el procedimiento de fusión comienza con un proyecto de fusión completo y concluye con la publicación de la reorganización en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, instante de la traslación a terceros de buena fe de los efectos jurídicos dimanantes. Los momentos críticos son los siguientes:

⁷ ANDREU MARTÍ (2002, pág. 31) señala que la trascendencia que se otorga al procedimiento de fusión no se limita a determinar las fases en que debe ser construida esta modificación estructural, sino que su importancia va, al tiempo, intrínsecamente unida tanto al despliegue de sus efectos característicos como al propio concepto y naturaleza jurídica de la operación de la fusión. Se concibe la fusión como un proceso que transcurre en el tiempo mediante determinadas fases, cuyo cumplimiento deviene necesario para producir los efectos característicos y diferenciadores de la fusión. Se trata de una sucesión de actos de naturaleza esencial, concatenados entre sí, de los que no cabe predicar prevalencia alguna de unos sobre los otros, porque ello conllevaría una visión parcial del complejo fenómeno de esta modificación estructural.

⁸ Señala PÉREZ TROYA (1998, pág. 14, nota a pie 7) que una excesiva reglamentación de la fusión, por mor de ofrecer suficiente garantía a los diversos sujetos susceptibles de ser afectados por la operación, puede menguar su eficiencia hasta el punto de convertirla, por su farragosidad, en una operación desventajosa frente a otras alternativas.

⁹ El protocolo de fusión es un documento de bases donde se suele plasmar el propósito de la operación de reestructuración y la distribución primaria del patrimonio y accionistas de la sociedades que desaparecen entre las sociedades beneficiarias, el destino de los administradores, etc. Carece de valor jurídico en el sentido de que no es fuente de derechos y obligaciones para las sociedades cuyos representantes intervienen (ALONSO ESPINOSA, 2002, pág. 4.890).

- (i) El comienzo formal se encuentra en la formulación de un proyecto de fusión, dotado con el contenido mínimo que exige la norma y que se certifica con la firma de todos los administradores (LARGO GIL, 2002, pág. 5.057). El proyecto de fusión o escisión no vincula a las entidades, sino que actúa a modo de propuesta prenegocial con la que los socios realizarán sus deliberaciones. Pero el proyecto es el punto final de las negociaciones con los administradores (art. 234 de la LSA) y ha sido, además, el eje del sistema de información previa dispuesta legalmente (arts. 238, 240.2 de la LSA y art. 226 del RRM) ¹⁰.

A pesar de que el proyecto de fusión no vincula a las entidades los administradores de las mismas, sí tienen que cumplir con las obligaciones de la fusión –deber de diligencia– y el principio que debe regir en las actuaciones es el de buena fe (LARGO GIL, 2002, pág. 5.058) ¹¹.

- (ii) Posteriormente será necesario que la junta de accionistas, publicada la convocatoria con un mes de antelación a la fecha prevista (art. 240.2 de la LSA), apruebe el proyecto de reestructuración presentado por los administradores, siempre dentro del plazo de seis meses a contar desde la firma del mismo (art. 234.3 de la LSA). Y será dicho instante el que dote de *validez* a la operación de reestructuración, a efectos internos, entre las entidades. Es el momento en el que el nexo negocial entre todas las sociedades queda ya perfeccionado. A partir del mismo, la ley establece que todas las entidades «*quedan obligadas a continuar con el procedimiento de fusión*» (art. 64.3 de la Ley de Cooperativas). Es decir, la adopción de los acuerdos es un punto de no retorno, donde ya no cabe alterar el contenido de los mismos ni cabe la revocación sin graves consecuencias jurídicas y donde cada una de las sociedades está en condiciones de exigir su cumplimiento al resto. Este acuerdo se debe plasmar en escritura pública, una vez que haya pasado el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo (art. 243.1 de la LSA y 227.2.2.º del RRM).

Con relación a la gestión de las entidades, es posible que en el proyecto se haya incluido la concreción de las facultades de los administradores desde la adopción de los acuerdos hasta la fecha de la inscripción de la fusión, de tal manera que no se podrán realizar deci-

¹⁰ El artículo 238.1 de la LSA impone la obligación de poner a disposición de los accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones y representantes de los trabajadores el proyecto y el resto de documentos en el domicilio social. El artículo 240.2 reconoce, a favor de tales sujetos, con la excepción de los representantes de los trabajadores, el derecho a obtener la entrega o envío gratuito de su texto íntegro. El artículo 226 del RRM exige el depósito del proyecto en el Registro Mercantil antes de la publicación de la convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la reestructuración, para que pueda ser consultada allí por cualquier interesado.

¹¹ En concreto, los administradores tienen que depositar un ejemplar del proyecto en el Registro Mercantil (art. 226 del RRM); formular un informe explicativo del contenido del proyecto de fusión (art. 237 de la LSA); solicitar del Registro Mercantil la designación de los expertos independientes que deben realizar un informe adicional sobre el proyecto de fusión (art. 236 de la LSA y artículo 349 del RRM); convocar a los socios para que decidan sobre la fusión, en los plazos y forma fijada por la ley (arts. 234.2 y 240.2 de la LSA, y 226.4 del RRM); reunidos los socios, deberán además informarles acerca de las modificaciones importantes que se hayan producido en el activo de las sociedades que participan entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de reunión de la Junta (art. 238.2 de la LSA). Además, desde la fecha de la firma del proyecto y al menos hasta la celebración de las juntas generales respectivas deberán abstenerse de realizar cualquier acto o negocio que pueda comportar un especial riesgo (art. 234.2 de la LSA), lo que supone una conducta conforme con el principio de buena fe.

siones extraordinarias sin consultar previamente con los administradores de otras sociedades, con lo que se facilita el acercamiento de las mismas y se vela por el buen fin de la fusión (LARGO GIL, 2002, págs. 5.071-5.072).

- (iii) La *eficacia jurídica* de la fusión o escisión está supeditada en nuestro Derecho a la inscripción registral, que es cuando se desencadenarían los efectos característicos de la misma. En concreto, se afirma que las entidades que desaparecen tienen plena personalidad jurídica hasta la inscripción registral de la nueva sociedad, siendo este el momento en el que las entidades beneficiarias adquieren las aportaciones patrimoniales procedentes de la sociedad extinguidas y la adquisición de la cualidad de socio o participe de las nuevas sociedades (SEQUERIA, 1993, pág. 269).

Ahora bien, y como veremos al hacer mención a la significación mercantil de la fusión o escisión, esta *eficacia sólo tiene efectos frente a terceros*, pero no entre las sociedades y socios, de tal manera que, internamente, las transmisiones se producen desde el momento en que tiene validez el acuerdo de fusión o escisión, aunque condicionadas para su plena eficacia a su inscripción en los plazos legales. Es decir, si uno de los bienes inmuebles que adquiere una nueva entidad escindida en un proceso de escisión total se incendia durante el período que va desde la elevación a público del acuerdo a la inscripción en el Registro, la pérdida patrimonial *sólo* la habrá sufrido la nueva sociedad aun cuando no esté todavía inscrita y formalmente el inmueble no sea de su titularidad. Y esto sólo tiene justificación en tanto la verdadera adquisición interna se produce con los acuerdos de fusión o escisión aunque se condicione a la inscripción ¹².

Por otro lado, aun cuando la eficacia externa de la fusión se encuentra en la inscripción registral, no hay que preterir que los presupuestos para interponer la acción de nulidad sobre una fusión o escisión *ya inscrita* son la concurrencia en alguna causa de nulidad o anulabilidad de los *acuerdos sociales* adoptados por las sociedades (art. 246 de la LSA), lo que no viene sino a confirmar que el elemento basilar está constituido por los acuerdos y el procedimiento hasta la toma de decisión.

- (iv) Por último, está la traslación frente a terceros de buena de los efectos jurídicos de la fusión o escisión, que se producirán a partir de la publicación en el BORME de la inscripción registral.

a) Incidencia de los aspectos fiscales en el procedimiento de fusión o escisión.

Como hemos dicho, la reestructuración empresarial es mercantilmente un procedimiento que se alarga en el tiempo y donde el elemento teleológico está constituido por la garantía de los socios y terceros interesados en el procedimiento. Pues bien, uno de los elementos fundamentales en este

¹² Desde un punto de vista mercantil, la nueva sociedad escindida se inscribirá en el Registro constanding que tiene un bien que en dicho momento no existe, consecuencia lógica de que lo que se inscribe son las escrituras públicas realizadas con anterioridad al evento de la pérdida. Y en el instante posterior en que el bien está inscrito se debe computar la pérdida.

procedimiento está representado por el régimen fiscal aplicable, debido a la incidencia económica que tiene en la reestructuración. En efecto, sabido es que el aspecto tributario de las fusiones y escisiones es, en muchos casos, determinante¹³. No en vano, el fundamento del régimen de privilegio de las fusiones y escisiones radica, precisamente, en que los motivos fiscales no sean un freno a las operaciones de reorganización empresarial que se consideren oportunas desde un punto de vista económico. Es decir, que las consecuencias fiscales que normalmente se pondrían de manifiesto no sean un impedimento para las decisiones de carácter económico¹⁴.

De hecho, la importancia del aspecto fiscal se manifiesta en la necesidad de que el propio proyecto de fusión haga expresa mención al sometimiento al régimen privilegiado [art. 96.1(a) TRLIS]. Esta norma se redactó por la Ley 14/2000 y sus hacedores justificaron su contenido en la *máxima importancia* del régimen fiscal aplicable por cuanto afectaba a las entidades y, en la mayoría de los casos, a los socios, porque resultaba *imprescindible* dotar de la máxima transparencia a los acuerdos correspondientes y exigir que los mismos se adopten con la participación, o al menos, con la aquiescencia tácita de todos los implicados¹⁵. Pero desde el punto de vista mercantil su incidencia es mucho mayor, pues se trata de un régimen que afecta a la valoración patrimonial de toda la operación y donde su no aplicación puede, en muchos casos, suponer que la reestructuración no se lleve a cabo¹⁶.

Podemos convenir que la aplicación o no del régimen de privilegio es algo que tiene una importancia fundamental en todo el procedimiento mercantil. En particular, en el contenido del proyecto de fusión, en el del informe de los expertos independientes y en el informe de los administradores. Es decir, resulta imprescindible que todos los que tengan intereses en el procedimiento –socios, acreedores y trabajadores– conozcan si se va aplicar el régimen fiscal o no de privilegio desde el primer momento. Dar por válida la teoría de la DGT cuando se produce un cambio legislativo fiscal que

¹³ Advierte LARGO GIL (2000, pág. 92) que el peso de la fiscalidad fue tal durante algunas épocas (años ochenta y primeros de los noventa) que llegó a oscurecer los demás objetivos y motivaciones de las partes que había que en la base de la mayoría de las fusiones societarias. Incluso fue uno de los factores definitivos a la hora de esbozar el proyecto de fusión, de tal manera que en algunos casos se cambió la estrategia inicial para acomodarla a los requisitos del régimen fiscal.

¹⁴ MENÉNDEZ GARCÍA [2003] señala que «Este carácter incentivador del régimen especial no entra en contradicción con el **objetivo de neutralidad**. El régimen especial tiene un carácter incentivador porque evita que las consecuencias derivadas de la estructura normal de los tributos disuadan de realizar la reestructuración y, de este modo, facilita la misma. Pero, al mismo tiempo, es congruente con el objetivo de neutralidad, porque la configuración de los requisitos de aplicación de los beneficios fiscales y el propio contenido de estos beneficios pretenden evitar que la reestructuración se realice con el fin exclusivo o principal de lograr esos beneficios u otras ventajas tributarias. Ciertamente, no es la perspectiva de lograr los beneficios fiscales integrantes del régimen especial lo que motivará la realización de la operación, pues esos beneficios se limitan tendencialmente a evitar las gravosas consecuencias fiscales que, en su ausencia, provocaría la propia operación. En síntesis, la existencia de esos beneficios coadyuva a la realización de la operación, pero no la provoca».

¹⁵ Desde el punto de vista tributario, su importancia se circunscribe a determinar si su incumplimiento supone la exclusión del régimen fiscal privilegiado o, por el contrario, se trata de un incumplimiento meramente formal que no impide someterse al mismo. Al parecer de la DGT, se considera no una obligación formal, sino un requisito para la aplicabilidad del régimen (Resolución de la DGT de 23 de septiembre de 2004, consulta vinculante 127-04, *Normacef Fiscal* NFC019979). A nuestro parecer, por el contrario, el dato fundamental es verificar si los valores de canje, que se determinan con base en el patrimonio real, se han realizado tomando en consideración o no este régimen, con independencia de que esté expresamente señalado. No obstante, lo cierto es que si los administradores no lo han plasmado expresamente en ningún lugar, ni siquiera en su informe, habrían omitido a los accionistas la posibilidad de que exista una contingencia fiscal.

¹⁶ Hay que recordar, con NAVARRO EGEA [1997, pág. 118], que la incidencia fiscal se ha convertido en un importante obstáculo para llevar a cabo las reestructuraciones empresariales, hasta el punto de constituir la única causa del fracaso.

impediría la reestructuración supone, como veremos en el siguiente epígrafe, que el proyecto y los informes estén, en la mayoría de los casos, heridos de muerte y no sean válidos jurídicamente por haberse tomado unas bases equivocadas.

El proyecto de fusión o escisión debe contar, como mínimo, con los aspectos recogidos en los artículos 235 y 255 de la LSA. A partir de ese mínimo, se puede incluir cualquier otra información que se considere oportuna. Por lo aquí interesa, el régimen fiscal incide sobre todas aquellas cuestiones del proyecto que tengan una valoración económica. En concreto:

- (i) Determinación del tipo de canje sobre la base del valor real de patrimonio social [art. 235 (a) de la LSA]. El tipo de canje constituye la base societaria esencial de la fusión o escisión porque manifiesta el principio de continuidad de los socios de la sociedad según derechos societarios equivalentes, de tal manera que la contraprestación societaria sea equilibrada, justa o adecuada (PÉREZ TROYA, 1998, págs. 71 y ss).

Y el tipo de canje requiere que se valore el patrimonio social. De esta manera, deberá determinarse cuál es patrimonio neto que en cada caso se traspa de una entidad a otra, siendo el valor real el que determinará el tipo de canje ¹⁷. No obstante, en ciertos casos no se acude a dicho valor real para determinar los tipos de canje, sino que se toman otras técnicas convencionales. Esto no debe suponer, sin embargo, un vaciamiento del principio del valor real, que debe actuar como un límite que determine un umbral mínimo de participación de sus socios, sobre todo los minoritarios, en las entidades beneficiarias (PÉREZ TROYA, 1998, págs. 87 y ss) ¹⁸.

Consecuencia de los tipos de canje con base en el valor real del patrimonio es la determinación de los capitales sociales y primas de fusión o escisión que aparecen en las nuevas entidades o en las beneficiarias.

- (ii) En la escisión, se debe establecer la designación y el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades [art. 255(a) de la LSA]. Se trata de establecer un inventario de activo y pasivo con una descripción completa y valorativa de los elementos que se pretendan transmitir.

Como se puede ver, el establecimiento de los tipos de canje, los patrimonios netos, los aumentos de capital y las primas de fusión o escisión, la determinación de las deudas, sólo pueden determinarse teniendo en consideración un determinado régimen jurídico tributario, pues los efectos impositivos afectan tanto al valor de las sociedades como al de las acciones o participaciones.

¹⁷ Patrimonio neto que en ningún caso puede ser negativo, pues se trataría entonces de un supuesto de cesión de deudas y viciaría la operación de nulidad (ALONSO ESPINOSA, 2002, págs. 4.897-4.898).

¹⁸ Esto resulta importante desde el punto de fiscal en la medida en que si no se toman los valores reales el hecho de estar acogido o no al régimen de privilegio puede no afectar al valor de canje. Sí afecta, sin embargo, a la hora de determinar ese mínimo patrimonial, pues el patrimonio está afectado por la aparición o no de pasivos tributarios.

Toda esta información que se completa en un proyecto debe ir acompañada de los informes de los expertos independientes (arts. 236 y 256 de la LSA). El objeto genérico de estos informes es garantizar la veracidad técnica de los diversos pormenores de la operación a los sectores implicados en ellos. A su vez, procuran que la información vaya acompañada de una garantía o control de veracidad sobre ciertos aspectos especialmente importantes de la operación [tipos de cambio, valoración del patrimonio no dinerario procedente de la sociedad o sociedades que desaparecen o escinden y efectiva correspondencia del capital de las nuevas sociedad o de los aumentos de capital de las absorbentes con el valor total de las distintas sociedades que se reestructuran (arts. 236.4 y 256.1 de la LSA y art. 230.4 del RRM)]. De esta manera, se verifica que las valoraciones son correctas y, por tanto, se ajustan a los principios ordenadores del capital social y no se defraudan los intereses de los socios y accionistas. En concreto, en el informe sobre el proyecto de fusión o escisión debe constar su valoración sobre si los métodos escogidos y los valores a los que conducen son adecuados. Esta valoración pasa, a nuestro parecer de forma obligatoria, por justificar la aplicación fiscal del régimen.

Por último, está el informe de los administradores que acompaña el proyecto de fusión o escisión y que debe justificar en sus aspectos jurídicos y económicos el proyecto de fusión. Pues bien, en el informe deben quedar reflejados cuáles son las ventajas e inconvenientes de la opción escogida con relación al resto, así como cuáles son los beneficios o sinergias esperadas y los riesgos que debe afrontar. A nuestro juicio, la valoración jurídica y económica debe comprender de forma preceptiva las cuestiones referentes al régimen fiscal y cómo influye éste en la operación, pues es un factor que en muchos casos será determinante ¹⁹.

b) Incidencia de los cambios legislativos fiscales en el procedimiento de fusión o escisión. Los efectos de la doctrina de la DGT.

Partiendo de la indudable importancia económica derivada del aspecto fiscal, cabe preguntarse, entonces, cómo se puede valorar mercantilmente que la norma que permitía acogerse al régimen de privilegio cambie, impidiendo dicho acceso, durante el proceso de fusión o escisión. Es decir, un proyecto de fusión y escisión donde expresamente se haga referencia a que se acoge al régimen especial. Que, como consecuencia de ese régimen de privilegio, el valor de las nuevas acciones o participaciones de los accionistas, el patrimonio de las entidades beneficiarias e incluso la relación de canje fijada para los accionistas, se ha determinado, partiendo de la base de que la operación no tenía costes fiscales ²⁰. Una situación verificada por expertos independientes y con una valoración de la situación realizada por los administradores. Un procedimiento, en fin, donde accionistas, acreedores y trabajadores daban por sentado un proyecto basado en una reestructuración sin carga fiscal.

¹⁹ Así, ALONSO ESPINOSA (2002, pág. 4.922) entiende que una de las cuestiones que debe constar en el informe de los administradores es el régimen fiscal.

²⁰ MENÉNDEZ GARCÍA [2003] señala que el contenido del régimen tributario aplicable tiene «generalmente influencia sobre la valoración de los patrimonios implicados en la misma, valoración que sirve para la fijación de la relación de canje».

i. Cambio legislativo fiscal antes de la aprobación por los socios del proyecto de reestructuración.

Una vez suscrito el proyecto de fusión o escisión, la nueva ley que entre en vigor puede hacerlo antes de la aprobación del proyecto por parte de los accionistas o bien una vez que ya ha sido aprobado. Si la nueva norma es conocida por los administradores con anterioridad y la incidencia fiscal de la nueva norma es significativa, el proyecto de fusión o escisión inicialmente formulado no será, a nuestro juicio, ya válido. No hay que olvidar que «*Los administradores de las sociedades que se fusionan están obligados a informar a la junta general de su sociedad sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y de la reunión de la junta general*» (art. 238.2 de la LSA). Y lo mismo cabe decir con relación a las escisiones (art. 258 de la LSA). Pues bien, la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal por cambio de la norma es una contingencia que generalmente afectará de una manera significativa al patrimonio neto de las entidades, pues aparecerá un pasivo como consecuencia de la no aplicación de dicho régimen ²¹. Nos encontramos, a nuestro entender, con una circunstancia sobrevenida que debe comunicarse –si los administradores conocen la modificación tributaria– a los accionistas de la entidad, pues afecta a todo el proceso de reestructuración ²².

La cuestión, llegados a esto punto, es si el proyecto de fusión o escisión queda viciado de inicio, siendo necesario volver a formularlo, o bien puede ser modificado por la junta de accionistas de las sociedades involucradas. La doctrina *mercantil* se mueve en torno a dos corrientes con relación a la modificación del proyecto de fusión ²³. Aquellos que entienden que éste no puede ser cambiado por las juntas generales, debido a que, por un lado, el artículo 240.1 de la LSA dispone que las juntas se *ajusten* al proyecto de fusión, lo que supone una distribución de competencias entre la junta y los administradores donde estos últimos formulan y la junta aprueba o no lo formulado. Por otro lado, se recuerda que la tutela de los socios y resto de interesados se basa en el proyecto de fusión, de tal manera que las modificaciones que sobre el mismo se realizaran comportaría el desconocimiento de tal derecho y de las cautelas establecidas con relación a dicho proyecto. En caso de aceptar esta tesis, un cambio en la normativa fiscal aplicable que modificase los valores económicos de la fusión o escisión supondría la imposibilidad de aprobar el proyecto de fusión inicialmente presentado y la necesidad de comenzar con todo el procedimiento legalmente establecido.

²¹ En la generalidad de los casos la no aplicación del régimen de privilegio supondrá que se devenguen tributos en una cuantía significativa. No obstante, también es posible que esos tributos no tengan una importancia relevante en la operación, lo que ocurrirá cuando, por ejemplo, alguna de las entidades sea del sector servicios y no tenga activos importantes o bien cuando haya entidades con bases imponibles negativas.

²² La realidad es que teniendo en cuenta el espacio de tiempo que transcurre desde que se formula el proyecto hasta que se aprueba por los socios será muy posible que los administradores no sean conscientes de la modificación y no informen a los socios. Técnicamente, sin embargo, se habría producido un incumplimiento del artículo 238.2 de la LSA, y no hay que olvidar que la aprobación del proyecto de fusión o escisión no libera a los administradores de la responsabilidad en la que hayan podido incurrir por su conducta durante todo el procedimiento (art. 133.3 de la LSA).

²³ *Vide*, con relación a la modificación de los proyectos de fusión por la junta general, LARGO GIL (2002, págs. 5.052 y ss.). Señala esta autora que los Registradores Mercantiles aceptan prácticamente cualquier cambio en el proyecto de fusión si el mismo es aprobado de manera unánime por todas las entidades en junta universal (pág. 5.074), solución que a su parecer es equivocada.

La segunda es la opción contraria, basándose en el que el proyecto de fusión se desarrolla en un lapso de tiempo considerable. Se entiende que hay que diferenciar la estabilidad del proyecto de la inmodificabilidad. Los proyectos pueden modificarse por los socios pero no indiscriminadamente. Sólo cuando concurren circunstancias que lo justifiquen y dentro de ciertos límites podrá hacerse. Si se traspasan dichas justificaciones y límites se entrará en el rechazo del proyecto de fusión presentado, ya que se está aprobando un proyecto *distinto*, y no un proyecto *modificado*. La cuestión es, por tanto, si un cambio en la normativa tributaria que suponga la exclusión del régimen entra dentro de los límites en los que se permite modificar. A nuestro parecer, la valoración debe ser negativa si el cambio fiscal conlleva modificaciones económicas significativas. Ni el tipo de canje, ni el valor de las acciones o participaciones, ni el patrimonio de las entidades estará correctamente determinado, sino sobrevalorado. Tampoco los informes de los expertos independientes ni de los administradores serán correctos. En definitiva, se trata de una operación diversa de la proyectada, donde la necesaria tutela de los intereses de las minorías y de los terceros podrían ver cómo nos encontramos ante un cambio esencial con el que no habíamos contado al adoptar las medidas adecuadas en defensa de su posición en las nuevas entidades ²⁴.

Por tanto, a nuestro parecer, un cambio en la legislación tributaria producido con posterioridad a la formulación del proyecto de fusión pero con anterioridad a la aprobación del mismo por parte de los socios, y de aplicar la doctrina sentada por la DGT, debe suponer, siempre que se conozca con anterioridad, la imposibilidad de aprobar el proyecto de fusión o escisión tal y como ha sido formulado inicialmente. Debe volver a formularse, comenzándose todos los trámites y solicitando nuevos informes. Si no se ha reformulado se trataría de una de las deficiencias que pueden dar lugar a la nulidad de la operación y fusión ya ejecutada, por defectos insubsanables en el control preventivo de la legalidad (ALONSO ESPINOSA, 2002, pág. 4.884).

Pero desde la perspectiva de las entidades, aplicar las tesis de la DGT deriva en un perjuicio económico y de tiempo causado a las entidades sin que, a nuestro juicio, exista ninguna justificación razonable y se vulnera la confianza legítima de las entidades en la estabilidad jurídica necesaria para concluir un proceso de reestructuración. A estos efectos, no debe olvidarse lo que sucede con las concentraciones empresariales que afectan a la libre competencia. En dicho caso, es necesario comunicar previamente al Servicio de Derecho de la Competencia la operación y se establece la suspensión en tanto no sea autorizada por la Administración (arts. 14 y ss de la Ley de Defensa de la Competencia). De esta manera, cuando varias entidades formulan un proyecto de concentración se configura como condición suspensiva de los acuerdos de fusión la obtención de las autorizaciones pertinentes. De la misma manera, si el régimen fiscal pudiera variar, siendo un elemento determinante de la fusión, parece que la efectividad del mismo debería condicionarse a la no variabilidad de la norma ²⁵.

²⁴ SEQUERIA (1993, pág. 140) advierte que una evidente inexactitud en la valoración de los patrimonios o una clara inadecuación de la misma con la relación de canje establecida permitiría la impugnación del acuerdo. FERNÁNDEZ DEL POZO (2001, pág. 117) señala que en aquellos casos donde se produzca un empeoramiento patrimonial sobrevenido a la firma del proyecto que haga temer por la íntegra liberación de capital, aun afectando por igual a todas las sociedades intervinientes, los administradores deberían abstenerse de seguir adelante con la fusión en los términos pactados. Y esta situación sucedería, a nuestro entender, en caso de un cambio en la legislación fiscal que impidiera a las entidades acogerse al régimen de privilegio.

²⁵ Íntimamente relacionada está la cuestión de los motivos económicos válidos. Así, LÓPEZ MELENDO (2002, pág. 304) advierte que no parece ni razonable ni justo que los sujetos pasivos vean condicionado el tratamiento fiscal de operaciones de esta envergadura al arbitrio de lo que decida la Administración Tributaria. O, como señala SÁNCHEZ OLIVÁN

ii. *Cambio legislativo fiscal producido con posterioridad a la aprobación del proyecto de reestructuración.*

Cabe cuestionar qué sucederá cuando la nueva norma se publique y entre en vigor con posterioridad a que los socios aprueben en dichos términos el proyecto de fusión. Y que al cambiar antes de la inscripción la normativa vigente todo lo suscrito por los administradores y aprobado por los socios se vea afectado por una nueva norma que hace que el valor de las acciones, el valor de las sociedades y e incluso la relación de canje de las acciones o participaciones esté mal determinada. Es más, puede ser, incluso, que de haber sabido los costes de la operación alguna de las entidades y socios no hubieran adoptado en ningún caso la decisión de fusionarse o escindirse.

Desde el momento en que se aprueba la fusión o escisión, la reorganización tiene plena eficacia entre las sociedades y la ley establece que todas las entidades «*quedan obligadas a continuar con el procedimiento de fusión*» (art. 64.3 de la Ley de Cooperativas). Es decir, en teoría, la adopción del acuerdo es un punto de no retorno que debe conducir a la inscripción, ya que las partes han concluido un contrato de reestructuración válidamente adoptado y que se puede obligar a cumplir²⁶. Por otro lado, si no hubiera duda de que la norma es diferente de la que se aplicó en el proyecto que fue aprobado por los socios y se conoce por las sociedades con anterioridad a que se presente a registrar²⁷, entiendo que se habrán vulnerado los principios informadores de la fusión o escisión y, por tanto, el acuerdo será contrario a ley y las juntas generales podrían revocar válidamente el acuerdo sin que sea posible exigirles que realicen la fusión ni exigir responsabilidad por daños y perjuicios²⁸. Y, en cualquier caso, se podrá instar la nulidad por cualquiera los accionistas, administradores o cualquier tercero que acredite interés legítimo al ser un acto contrario a la ley (art. 116.1 de la LSA)²⁹. Si el juez conociera con carácter previo esta cuestión la fusión quedaría paralizada³⁰.

(2004, pág. 510), cualquier gravamen no aceptado de antemano está fuera de lugar en una operación económicamente neutral. A nuestro parecer, lo fundamental de la calificación que la Inspección haga *a posteriori* de los motivos económicos válidos es la incidencia que tienen en el ámbito mercantil, pues el todo el proceso privado se ha tomado con base en unas determinadas valoraciones que ahora están viciadas. Es más, creemos que en aquellos casos donde los administradores no hayan planteado a la Administración consulta sobre su concreta situación, o bien tengan en su poder alguna consulta tributaria sobre un caso análogo, podrían incurrir en responsabilidad ante los socios y sociedades.

²⁶ Señala OLEO BANET (1995, pág. 216) que no puede concluirse que los acuerdos de escisión tomados con anterioridad por las sociedades participantes estén desprovistos de eficacia jurídica fuera del ámbito personal de cada sociedad, pudiendo ser revocados libremente por la respectivas sociedades mientras que no recaiga la inscripción. *Vide* también CERDÁ ALBERO (1993, pág. 299).

²⁷ El acuerdo de fusión, una vez adoptado, debe publicarse tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan su domicilio (art. 242 de la LSA). Y la fusión no podrá ser escriturada hasta que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio, teniendo los acreedores de las entidades el derecho de oponerse a la fusión en los términos del artículo 166 de la LSA durante dicho plazo (art. 243 de la LSA).

²⁸ La revocación del acuerdo supondría un incumplimiento contractual, que puede dar lugar o bien la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 del Código Civil) o bien solicitar judicialmente el cumplimiento del acuerdo de reestructuración (GUASCH MARTORELL, 1993, pág. 252).

²⁹ ANDREU MARTÍ (2002, pág. 92) señala que cuando los datos patrimoniales que se hubieran reflejado en el acuerdo de fusión no correspondan a la realidad, no será adecuada la ecuación de canje y, en consecuencia, la voluntad manifestada en junta general se encontrará viciada, cabiendo la acción de nulidad. En nuestro caso, los datos patrimoniales no coincidirán, en la normalidad de los casos, con la realidad por el hecho de que la norma fiscal aplicada es incorrecta.

³⁰ *Vide*, sobre el conocimiento de las impugnaciones por parte del juez antes de la inscripción, ANDREU MARTÍ (2002, pág. 52 y ss.).

Pero también es muy posible que el acuerdo se haya ya remitido a inscribir y la fusión o escisión haya ya desplegado sus efectos. En dicho caso, el cambio fiscal –siempre que exista certeza sobre dicho cambio– va a suponer que la fusión y escisión sean nulas de pleno Derecho, por vulnerarse la normativa relativa al tipo de canje, al valor patrimonial de las participaciones o acciones, el derecho a una información veraz y comprobada por expertos, etc. Y lo único cierto es que los socios habrían sufrido un perjuicio económico injustificado como consecuencia de la entrada en vigor de una ley con posterioridad³¹. Los acreedores, por su parte, verían mermadas sus garantías y postergados sus derechos, en tanto que desconocían que la garantía que representan los activos las tenían que compartir con un acreedor privilegiado, la Hacienda Pública. A estos efectos, hay que recordar que la inscripción en el Registro no convalida contratos que sean nulos conforme a las leyes (art. 7 del RRM). Sería aplicable el artículo 246 de la LSA, que establece la posibilidad de instar la nulidad de la fusión o escisión en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que la fusión o escisión fue oponible a quien invoca la nulidad, que en el caso de los socios y administradores es el momento de la inscripción registral³².

La argumentación que hasta ahora hemos realizado partía de un apriorismo; nos encontramos con una nueva norma que es, sin duda, aplicable. Pero el caso que aquí hemos puesto como ejemplo, referente a la entrada en vigor de la Ley 14/2000 y su aplicación a las escisiones subjetivas, dista de ser claro, pues la aplicación de la norma no es una cuestión pacífica. De hecho, no hay que olvidar que incluso la Resolución de la DGT de 22 de agosto de 2003 (consulta núm. 1127-03, *Normacef Fiscal*, NFC018461) entiende que la norma aplicable es la vigente en la fecha del acuerdo social. De esta manera, al encontrarnos ante una cuestión de interpretación, habría que determinar si se han vulnerado o no las garantías previstas en la LSA y, a nuestro parecer, precisamente el hecho de que haya dudas no solventadas hace que no sea suficiente para invocar la nulidad de los acuerdos³³. El problema real estará cuando la Inspección liquide una deuda con base en la norma que ha entrado en vigor en 2001. Será en dicho momento cuando se pueda señalar que nos hemos encontrado ante una situación sobrevenida que ha supuesto que los tipos de canje, los valores de las acciones o partici-

³¹ Y el perjuicio de los socios no sólo debe verse desde la perspectiva del valor de sus nuevas participaciones o acciones, sino desde su nueva situación política. Hay que tener en consideración que una operación de reestructuración supone en muchos casos un cambio en las situaciones de poder, y ese cambio se realiza con base en el valor de canje. Si, como ocurre en nuestro caso, ese canje es incorrecto como consecuencia de la carga impositiva que aparece en alguna de las sociedades que desaparecen, habrá socios que tengan una mejor situación política y de control sin justificación alguna.

³² Señala ANDREU MARTÍ (2002, págs. 56) que una vez inscrita la fusión no es posible impugnar los acuerdos sociales de las entidades intervinientes, ya que se tiene que impugnar, con arreglo al artículo 246, la propia fusión o escisión de sociedades, aunque eso sí, se permite que la impugnación de la fusión lo sea con base en los vicios de nulidad o anulabilidad de la fusión.

³³ No hay que olvidar que la inseguridad jurídica que para la sociedad y su actividad genera la impugnación, la rapidez del tráfico económico y de los diversos intereses en juego, tanto intrasocietarios como extrasocietarios, justifican la necesidad de evitar, cuando fuera posible, las situaciones de incertidumbre que se puedan crear por la impugnación, de tal manera que la impugnación de los acuerdos sociales de una fusión ya inscrita se miran no sólo bajo el prisma de la técnica jurídica, sino también con matices jurídicos políticos (ANDREU MARTÍ, 2002, pág. 102). De esta manera, por ejemplo, en otros ordenamientos, se determina que una vez inscrita la fusión, ésta es inatacable (Alemania e Italia), de tal manera que se dota de máxima protección a los intereses de los acreedores, socios y terceros atribuyendo total estabilidad a la fusión y a sus efectos.

paciones nuevas, los valores patrimoniales de las sociedades no sean conformes a Derecho ³⁴. Pero, a su vez, el artículo 246.1 de la LSA determina que la acción de nulidad para la fusión ya inscrita en el Registro caduca a los seis meses desde que la fusión fue oponible frente a terceros. Es decir, nos encontramos ante una situación de no retorno donde con base en una cuestión de interpretación, se habría vulnerado todo un procedimiento pensado en beneficio de los acreedores, socios y trabajadores. Y se habría contravenido *a posteriori*, es decir, sin previo aviso, causando un perjuicio económico a las partes interesadas ³⁵.

Desde luego, ni el principio de confianza legítima, ni el de seguridad jurídica, ni criterios de técnica jurídica, ni de carácter político, parecen que sean respetados en estos casos. Lejos de eso, a nuestro parecer nos encontramos, como veremos posteriormente, ante una vulneración de los mismos.

c) La significación del acuerdo de fusión o escisión y de la inscripción en el Registro Mercantil.

Como hemos señalado anteriormente, se distingue mercantilmente entre *validez* de la fusión o escisión, que se produce con el acuerdo de las juntas generales y su posterior elevación a público, y *eficacia* jurídica, que se produce con la inscripción en el Registro ³⁶. El acuerdo de fusión o escisión es el que, realmente, hace que la fusión haya llegado a su fin con relación a la creación de las nuevas sociedades, la determinación de su valor patrimonial, la participación en el capital de los nuevos socios y el valor de dichas acciones o participaciones. Es decir, para las sociedades y los socios, el acuerdo es el que determina la validez y los valores de la operación. Esto implica, a efectos prácticos, que si durante el período que va desde la escritura pública hasta la inscripción de la escisión el patrimonio de una de las nuevas entidades nacidas de la escisión se perdiera como consecuencia de algún evento imprevisto –por ejemplo, un incendio–, desde el punto de vista de la escisión esta contingencia no tendría incidencia a los efectos de valorar el patrimonio neto y el valor de las acciones o participaciones procedentes de la escisión, con independencia de que dicha situación afectará, inmediatamente después de su inscripción, como una pérdida contable de la entidad beneficiaria de dicho patrimonio. Por tanto, a partir del momento en que se adopte el acuerdo de escindir, ya no habrá lo que se denomina *riesgo de escisión*, pues desde dicho instante las operaciones realiza-

³⁴ Cabe plantearse incluso cómo liquidaría la Inspección el impuesto devengado por Operaciones Societarias y el derivado de las nuevas acciones o participaciones (en IRPF o IS), pues ni el valor de las nuevas sociedades será el mismo que el acordado ni el de las nuevas acciones tampoco, pues tiene que ser minorado en las deudas tributarias devengadas como consecuencia de la fusión o escisión. Eso, entendemos, sería lo lógico, pues otra solución supondría que la Administración iría contra sus propios actos al liquidar sobre unos valores que ella misma ha corregido.

³⁵ Perjuicio que, además, puede extenderse a terceros de buena fe en todos aquellos casos donde, por ejemplo, adquieran las acciones y participaciones de entidades que tenían un patrimonio neto y que, posteriormente, dicho patrimonio neto se ve reducido como consecuencia de las contingencias fiscales.

³⁶ No obstante, SÁNCHEZ OLIVAN (2004, pág. 234) ha señalado que el artículo 245 de la LSA no es claro, pues no es lo mismo decir que la eficacia de la fusión tiene efectos desde una fecha, que, como establece el artículo 245, la eficacia de la fusión quedará supedita a la inscripción, pues en este caso el momento puede ser anterior o incluso posterior.

das con el patrimonio de las nuevas entidades serán de cuenta y riesgo de cada una de ellas ³⁷. Y, conforme a esta construcción, si nada se dice en el proyecto de reestructuración, se entiende que los efectos contables de la operación [art. 235 (d) de la LSA] se fijan en la fecha de la aprobación de la operación y en la de inscripción (ALONSO ESPINOSA, 2002, pág. 4.892) ³⁸.

De esta manera, y por lo que aquí interesa, los efectos reales de la fusión o escisión se producen para las nuevas entidades en el momento del acuerdo. Pero esos acuerdos, para que sean efectivos plenamente, deben cumplir con el resto de requisitos del procedimiento, como esperar un mes para que los acreedores se opongan y, sobre todo, escriturarse e inscribirse en el Registro Mercantil. Es decir, la escritura y la inscripción son consecuencia de un negocio jurídico ya perfecto (OLEO BANET, 1995, pág. 215) ³⁹.

Queda, por tanto, determinar cuál es el significado de la eficacia de la escisión con la inscripción en el Registro. La escritura pública y la inscripción registral constituyen los mecanismos de control de *legalidad* y *publicidad* dispuestos en la ley para asegurar los intereses afectados en el proceso de fusión (OLEO BANET, 1995, pág. 213) ⁴⁰. Y, ciertamente, será en dicho momento cuando frente a terceros todas las operaciones tengan la plena eficacia jurídica sin que, por tanto, puedan ser aceptadas fusiones impropias o irregulares (SEQUEIRA, 1993, pág. 272), pero sin que esto suponga dar al control notarial y registral mayor valor del que realmente revisten ⁴¹.

El Registrador Mercantil se pronunciará sobre la capacidad y legitimación de los otorgantes de la escritura de fusión o escisión y deberá calificar las formas extrínsecas de la misma, que deberán cumplir con lo dispuesto en los artículos 227 a 230 del RRM ⁴². Pero la cuestión verdaderamente compleja está en el alcance que hay que dar a la calificación de «*la validez de su contenido, por lo*

³⁷ Señala FERNÁNDEZ DEL POZO (2001, pág. 109) que, de hecho, los denominados riesgos de fusión son los que existen desde el momento de la redacción del proyecto de fusión y el de la reunión de la junta general, el momento en el que se pueden producir modificaciones significativas del activo y del pasivo.

³⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO (2001, pág. 128-129) advierte que en la fusión lo normal es que la fecha de efectos contables de las absorbidas, si no se retrotrae, no se postergue más allá de la fecha de la aprobación de la junta. Sin embargo, puede pactarse una postergación contable, fijándose en la inscripción o bien en el ejercicio inmediatamente posterior.

³⁹ CERDÁ ALBERO (1993, pág. 300) advierte que la *eficacia* derivada del acuerdo opera sólo entre partes, pero la *eficacia erga omnes* de la operación se produce con la inscripción.

⁴⁰ Señala CERDÁ ALBERO (1993, pág. 350) que es deber del notario verificar y certificar la existencia y legitimidad de los actos y de las formalidades que deben cumplir las sociedades participantes en la operación. De la misma manera, el registrador debe comprobar que se han cumplido todos los requisitos documentales y de publicidad (pág. 357). En concreto, tanto notario como registrador tienen que verificar la coincidencia de los respectivos acuerdos adoptados de las distintas sociedades (pág. 365) y que las condiciones aprobadas en las juntas no han sido modificadas (pág. 349).

⁴¹ Precisamente el doble control notarial y registral impuesto por nuestro Derecho para la eficacia de la fusión es, según ANDREU MARTÍ (2002, pág. 82), la razón por la que el artículo 246 de la LSA excluye los defectos de legalidad como posible causa de nulidad de la fusión de sociedades.

⁴² Entre los requisitos que deben constar en la escritura se encuentran manifestaciones sobre que se ha cumplido con lo establecido en el artículo 238 de la LSA y de que han sido puestos a disposición de los socios y acreedores la documentación preceptiva y declaración de que no se han opuesto los acreedores. Señalan CORTÉS y PÉREZ TROYA (2002, págs. 5.023-5.024) que es posible, aunque será poco frecuente, que dichos datos se falseen, lo que supondría que la fusión realizada es inválida y judicialmente impugnabile.

que resulta de ellos y de los asientos del Registro» (art. 6 del RRM). En teoría, la todo lo referente a la determinación de canje y el patrimonio queda fuera de lo que es el control de legalidad del Registrador Mercantil, ya que dicho control se realiza, en su caso, por los expertos independientes. De esta manera, su función calificadoradora es muy restringida ⁴³.

d) El Derecho tributario y su acercamiento al Derecho mercantil.

A la vista de las anteriores consideraciones de lo que es el procedimiento de fusión y escisión desde el punto de vista de mercantil y de la incidencia del aspecto fiscal en el mismo, cabe preguntarse si el acercamiento que hace la DGT a la normativa mercantil, excepción hecha de la ya citada Resolución de la DGT de 22 de agosto de 2003 (consulta núm. 1127-03, *Normacef Fiscal*, NFC018461), es adecuado. La DGT argumenta que el artículo 245 de la LSA dispone que es en el momento de la inscripción cuando se consideran realizadas las operaciones de fusión y escisión y es el instante que fiscalmente determina la norma vigente. Sin embargo, al aplicar la DGT la norma mercantil referente a la inscripción, está vulnerando todas las garantías del procedimiento de fusión o escisión y, por consiguiente, proscribía el régimen jurídico mercantil diseñado normativamente ⁴⁴. Es más, no acaba de abordar el procedimiento como elemento clave de la fusión y como un fenómeno que no puede verse de forma aislada.

Por tanto, cabe preguntarse si la aproximación que hace la DGT al Derecho mercantil es la adecuada o no. La inscripción es la última estación del proceso de fusión o escisión. Pero los hitos basilares son la formulación del proyecto y la adopción del acuerdo de fusión, siendo la inscripción, únicamente, un requisito necesario para su plena eficacia donde la función del registrador es de carácter residual ⁴⁵. Es más, a nuestro parecer, un verdadero acercamiento a la finalidad mercantil de la reestructuración, así como al fundamento del régimen de privilegio fiscal, exigiría justamente lo contrario a lo que determina la DGT ⁴⁶. Tomar como fecha que determina la norma fiscal aplicable la

⁴³ El Registrador debe también calificar formalmente el proyecto depositado en el Registro Mercantil con carácter previo a que se publique la convocatoria de los socios. Se trata de una calificación *formal*, debiendo pronunciarse sobre si el documento presentado es el exigido por la ley y está debidamente suscrito (art. 226.2 del RRM), e incluso puede apreciar si algunas de las cláusulas del proyecto contravienen la fusión, pero no les puede obligar a que incorporen como contenido del proyecto alguna de las rúbricas relativas a temas no previstos por la ley.

⁴⁴ Señala LARENZ (1994, pág. 259) «Que el alcance de las normas jurídicas particulares sólo puede ser entendido en su conexión con la regulación total a que pertenecen y, además de ello, frecuentemente también con otras regulaciones y con la relación en que se encuentran estas regulaciones entre sí, se manifiesta especialmente cuando varias normas jurídicas o regulaciones concurren entre sí».

⁴⁵ SÁNCHEZ PEDROCHE (2004, págs. 238-239) señala, a la hora de considerar la relevancia fiscal de las reestructuraciones, que una cosa es defender el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro y otra muy distinta anudar la fecha de dicha inscripción como la propia de la eficacia de todo un proceso que resulta de una complejidad evidente. Así, continúa (pág. 242), no es lo mismo decir que la fusión tiene eficacia desde un día determinado, que afirmar que la eficacia de la fusión se supedita a una inscripción realizada otro día distinto.

⁴⁶ Desde una perspectiva tributaria, y dejando al margen el principio de neutralidad, se ha señalado que una de las razones de que nos encontremos ante un régimen de privilegio reside en que la reestructuración se lleva a cabo a través de un procedimiento cuyos resultados garantizan un nivel de clarificación y transparencia a los que de hecho proporcionan otras

de la inscripción en la fusión llevaría a la nulidad de todo el procedimiento, causando perjuicios en muchos casos irreparables, además de afectar gravemente a la seguridad del tráfico mercantil y vulnerar la finalidad del procedimiento. Por el contrario, los principios jurídicos, económicos y lógicos de la reorganización, lo que exigen es que la norma aplicable esté determinada desde el día en que se formula el proyecto de fusión y escisión –día en que formalmente se inicia el proceso mercantil– hasta la inscripción en el Registro. Es más, no hay que olvidar que la normativa española de las fusiones trae causa de las Directivas comunitarias, y, para éstas, un elemento fundamental de las mismas es la conservación de las fusiones, debido a la necesidad de preservar la seguridad jurídica de todos los intereses en juego (art. 22 de la Directiva 78/855). Por tanto, una interpretación del Derecho mercantil conforme a criterios comunitarios y que garantice el principio de seguridad jurídica aboga por una interpretación distinta a la sostenida por la DGT. A nuestro juicio, una actuación respetuosa con el Derecho mercantil exigiría que la norma aplicable estuviera fijada desde el mismo día en que se suscribe el proyecto.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DGT

Desde un punto de vista tributario, cuando la DGT ha señalado que el régimen tributario aplicable es el vigente en la inscripción, incurre en el error de aplicar la norma que se emplea para la realización de los hechos imposables de cada tributo, en particular cuando la reestructuración empresarial es, fundamentalmente, un *procedimiento*. En efecto, hay que pensar que lo que origina el conjunto de los hechos imposables es la propia operación de fusión y escisión. Pero la reorganización empresarial no es una operación instantánea ni se realiza en un determinado momento, sino que, como ha puesto de relieve la doctrina mercantil, se integra a lo largo de un tiempo mediante un procedimiento legal complejo y costoso, tanto en dinero como tiempo. Por eso, la Directiva comunitaria deja libertad a los Estados miembros para designar la fecha en la que surtirá efecto la fusión o la escisión (art. 17 de la Directiva 78/855 y 15 de la Directiva 82/891), momento que el legislador español ha identificado con la inscripción. Y la inscripción, mercantilmente hablando, no es sino el punto al que se llega después de un largo proceso, de tal manera que es el procedimiento como institución el que determina la validez final de la fusión o escisión y no la sola inscripción.

Como veremos posteriormente, a nuestro juicio, la opción mantenida por la DGT supone realizar una aplicación retroactiva no permitida por los principios de confianza legítima y seguridad jurídica y vulnerar, además, el principio de igualdad. La seguridad jurídica exigiría que la norma que se vaya a aplicar a un procedimiento sea conocida desde el mismo instante en que éste se inicia, momento que en las fusiones o escisiones debería ser aquel en el que se formula el proyecto. Pero, como mínimo, la norma aplicable debe ser la publicada cuando las juntas generales

formas de concentración no manifestada (LARGO GIL, 2000, págs. 94-95). Pues bien, resultaría contradictorio que fiscalmente el régimen de privilegio se fundamentara en la existencia de un *procedimiento* y que, a su vez, ese régimen no se aplicara por un cambio normativo durante la tramitación de dicho proceso.

de las entidades toman el acuerdo de fusión o escisión porque es desde ese instante cuando la reestructuración tiene plena validez entre las partes al haberse perfeccionado el contrato de fusión o escisión. A partir de dicho momento, nos encontramos en un punto sin retorno, pues todas las entidades «*quedan obligadas a continuar con el procedimiento de fusión*» (art. 64.3 de la Ley de Cooperativas). Para que esos acuerdos tengan plena eficacia jurídica, será necesario que se hagan los correspondientes controles de publicidad y legalidad que la escritura pública y la inscripción en el Registro implican.

Dejando al margen el análisis constitucional, al que haremos mención posteriormente, queremos hacer referencia a todo un conjunto de argumentos, positivos y negativos, que, a nuestro parecer, van en contra de la tesis de la DGT de aplicar la norma vigente en el momento en que se inscriba la operación de reestructuración.

a) La existencia de un vacío normativo a la hora de determinar la ley aplicable con relación a las condiciones de las reestructuraciones empresariales.

El TRLIS regula en el capítulo correspondiente al régimen de privilegio fiscal de las reestructuraciones dos tipos de cuestiones distintas. Una de carácter particular, que sólo afecta al propio Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Nos referimos al efecto fiscal de la retroacción contable, a los beneficios extraordinarios en la valoración de las transmisiones de activos, a los incrementos de patrimonio por las nuevas acciones y participaciones, compensación de bases imponibles negativas, etc. Y otro de carácter general, que tiene que ver con la posibilidad de acogerse al régimen privilegiado de fusiones y escisiones para el IS, el IRPF, pero también para el IVA, para el ITPAJD y para el IIVTNU (*vide* disposición adicional segunda del TRLIS). Por poner un ejemplo, el apartado tres de la disposición adicional segunda del TRLIS dispone que no se devengará IIVTNU a las transmisiones «*derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VII de esta Ley*».

Es decir, en la norma del Impuesto sobre Sociedades se regulan los requisitos para que una reestructuración pueda acogerse a la totalidad de beneficios fiscales en los distintos tributos. En concreto, los artículos 83 y el 94, que determinan qué operaciones se pueden acoger al régimen fiscal, y el artículo 96, que regula la existencia de motivos económicos válidos y la opción por el régimen.

El hecho de que dos cuestiones diferentes, aplicabilidad del régimen en general y efectos del mismo en el IS e IRPF, se regulen de forma conjunta tiene importancia a la hora de determinar la entrada en vigor de la ley, pues las modificaciones normativas que se hacen con relación al Impuesto sobre Sociedades realizadas a final de año entran en vigor para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2005. Y, desde luego, el criterio del período impositivo no parece que sea adecuado a los efectos de determinar la entrada en vigor de los cambios en las modificaciones de las condiciones de aplicabilidad del régimen.

La entrada en vigor de las normas del Impuesto sobre Sociedades para los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero tiene una razón de ser clara: la norma aplicable debe ser la misma durante todo el período impositivo, desde el primero hasta el último de los días. En el Impuesto sobre Sociedades el período impositivo coincide con el ejercicio económico y éste puede ser distinto del año natural, ya que la vida empresarial de una entidad no tiene por qué coincidir con dicho período. Por tanto, una modificación que entrará en vigor el día 1 de enero en todos los casos, incluso para los ejercicios partidos, supondría que nos encontraríamos ante un supuesto de retroactividad impropia que puede atentar contra el principio de seguridad jurídica y de capacidad económica ⁴⁷.

Pues bien, ese fundamento de la entrada en vigor para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero, nada tiene que ver con la determinación de las condiciones para la aplicación del régimen de privilegio de fusiones y escisiones, pues no está aquí en entredicho cuestión alguna referente a un período impositivo. Sin embargo, aplicando analógicamente el fundamento de esa vigencia durante todo el período impositivo, las condiciones de aplicabilidad para acogerse al régimen deberían estar vigentes desde el momento en que se formulen los proyectos de fusión o escisión y cualquier cambio normativo sobre dichos requisitos deberían entrar en vigor *«para todos los procesos iniciados a partir de la entrada en vigor de la norma»*. Es decir, desde un punto de vista fiscal, se puede entender que los hechos imponibles derivados de un procedimiento de reestructuración son hechos imponibles instantáneos, si entendemos éstos como aquellos que por su configuración jurídica no tienden a reproducirse (ALONSO GONZÁLEZ, 1997, pág. 136), pero a la hora de determinar cuál debe ser la norma aplicable, nos encontramos ante procedimiento donde el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima exigen que la norma a aplicar esté fijada en el comienzo del mismo.

Y sigamos con el ejemplo de la Ley 14/2000, donde se modificó lo referente a las denominadas escisiones subjetivas y al motivo económico válido. Pongamos que una entidad tiene un ejercicio partido, iniciándose el día 1 de septiembre de 2000 y terminando el 31 de agosto de 2001. Si esta entidad acordó la escisión con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 la inscripción se hará, generalmente, con la normativa anterior a la Ley 14/2000 y, por tanto, podrá acogerse al régimen de privilegio. Pero es que, debido a la entrada en vigor para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2001, es posible que dicha entidad haya formulado el proyecto de escisión subjetiva ya en enero de 2001 y termine con la inscripción antes del 31 de julio de 2001. En dicho caso, todo el procedimiento de escisión se habría realizado conociendo la nueva normativa que le impedía acogerse al régimen de privilegio y, sin embargo, debido a que tiene un ejercicio partido la operación habría sido correcta. Pero el régimen beneficioso operaría también con relación al IVA, al ITPAJD y al IIVTNU, tributos estos de devengo instantáneo y que nada tienen que ver con el concepto de ejercicio económico. A nuestro parecer, esta solución, derivada de la aplicación temporal de las normas del IS a cuestiones que son independientes de los períodos económicos, vulnera la sistemática tributaria ⁴⁸.

⁴⁷ El artículo 10.2 de la LGT 58/2003 ha dispuesto que las normas tributarias se aplicarán a los tributos sin período impositivo a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento.

⁴⁸ Es más, resulta que la propia Ley 14/2000 aprobó una disposición transitoria octava con relación a la modificación realizada en el ejercicio y comunicación de la opción por el régimen especial de las fusiones y escisiones. En el entonces artículo 110.1 de la ley se estableció la necesidad de que la aplicación del régimen constara en el proyecto de fusión o escisión y en los acuerdos sociales y, además, que la comunicación se realizaría una vez inscrita la fusión o escisión. Pues bien, los nuevos requisitos *«para el ejercicio y comunicación de la opción por el régimen especial de las fusiones, esci-*

Y al hilo de la anterior cuestión podemos volver a lo que es nuestro supuesto de partida; una entidad cuyo ejercicio coincide con el año natural formula un proyecto de fusión en 2000, e incluso también lo aprueba en el año 2000 y lo inscribe en 2001. Si la entidad tuviera conocimiento de este cambio a través del proyecto de ley, podría realizarse un cambio de ejercicio económico. Al menos en teoría, la entidad que se va a escindir subjetivamente podría acordar en junta cambiar el ejercicio social cerrándolo el 30 de noviembre de 2000. De esta manera, su nuevo ejercicio comienza el 1 de diciembre de 2000 y terminaría en noviembre del año 2001. Dejando al margen que se pueda hablar de un supuesto de fraude de ley o de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, dejando al margen que tenga sentido cambiar el ejercicio social de una entidad que va a desaparecer y donde, por tanto, hablar de ejercicio económico no parece tener razón de ser, lo único cierto es que si se da por válida esta tesis, la sociedad tendría un año de margen para inscribir y para aplicar la nueva norma.

Pero, sobre todo, merece la pena hacer un análisis desde el punto de vista de la igualdad tributaria. ¿Tiene sentido jurídico que la determinación de la norma aplicable a los efectos de cumplir con las condiciones para acogerse al régimen de privilegio dependa del ejercicio económico de las entidades? Es decir si dos entidades inician el mismo día el proceso de reestructuración, acuerdan en la misma fecha, y se inscribe también en el mismo día, ¿tiene razón de ser que el régimen privilegiado en el IVA, IS, IIVTNU, etc., se lo pueda aplicar una entidad y no la otra? ¿Se respeta el principio de igualdad? No, a nuestro juicio, se trata de dos situaciones idénticas que tienen un trato desigual con base en un criterio –diferente ejercicio económico– que no justifica el mismo. En este caso, entendemos que las teorías de la DGT darían lugar a una interpretación que vulnera la Constitución, interpretación que, como veremos posteriormente, no es posible.

Es decir, es necesario distinguir dos tipos de normas con relación a la fusión y escisión en el TRLIS. En primer lugar, las referentes a las consecuencias tributarias de la aplicación del régimen de privilegio en el IS y el IRPF, cuya entrada en vigor y aplicación *puede* ser el común a dichos tributos y donde la efectividad para los ejercicios que se inician a partir del 1 de enero podría tener su razón de ser. En segundo, la norma aplicable relativa a si se cumplen los requisitos necesarios para aplicar el régimen de privilegio (arts. 83, 94 y 96 del TRLIS), que nada tiene que ver con el concepto de período impositivo. Es más, a nuestro parecer, no hay ningún precepto en el Derecho tributario que determine cuándo se aplica la nueva norma. Se trata de un vacío normativo que, desde luego, no se puede integrar diciendo, como hace la DGT, que la norma aplicable es la vigente en el momento de inscripción de la fusión o escisión. En efecto, la verificación de las condiciones del régimen de privilegio no tienen por qué ser las vigentes en la realización de cada uno de los hechos imposables de los distintos tributos, lo que nos llevaría a que unos casos se aplicara el régimen y no en otros, lo que atenta a la lógica del sistema y al principio de igualdad. Es más, no hay que olvidar que con relación a las exenciones en general, si bien es cierto que las mismas operan neutralizando la realización del hecho imponible, dichas condiciones no tienen por qué ser las de realización del hecho imponible sino otras anteriores o posteriores ⁴⁹.

siones, aportaciones de activos y canje de valores, serán aplicables a aquellas operaciones en las que el correspondiente proyecto, acuerdo o contrato se realice a partir del 1 de enero de 2001». Por tanto, y siguiendo con el ejemplo de que la escisión se inicia en propio ejercicio 2001, sólo la modificación del artículo 110.1 sería exigible para acogerse al régimen pero no, sin embargo, la del cambio realizado para las escisiones subjetivas o la del motivo económico válido.

⁴⁹ Vide, sobre las exenciones con presupuesto de hecho complejo, LOZANO SERRANO (1988, págs. 61 y ss.).

b) La norma aplicable en el Impuesto sobre Operaciones Societarias y la Plusvalía Municipal.

Íntimamente relacionado con los anteriores argumentos está la tributación referente a Operaciones Societarias y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En concreto, el Impuesto sobre Operaciones Societarias se devenga para los procedimientos de reestructuración empresarial en el momento en el que se formalice el acto sujeto a gravamen, que es cuando se otorga la *escritura pública* [arts. 49.1(b) del la LITPAJD y 93.1 del RITPAJD]. Es decir, no se toma en consideración ni el momento de adopción del acuerdo, que es cuando tiene plena validez entre las partes, ni tampoco el momento constitutivo de la inscripción registral. Con independencia de que esta opción responda a razones puramente prácticas (MENÉNDEZ GARCÍA, 2003), lo único cierto es que jurídicamente el devengo se produce con la escritura y la norma de exención a aplicar será también la vigente en dicho momento. Por tanto, a efectos de aplicación de la norma, las condiciones para determinar si la fusión o escisión cumplen con los requisitos necesarios para acogerse al régimen de privilegio será en la fecha de la escritura pública. De esta manera, la importancia *constitutiva* de la inscripción decae para el propio legislador, que no duda en vincular la exención a la escritura del acuerdo de fusión o escisión, verdadero momento donde se formaliza un acuerdo perfeccionado.

Así, y centrándonos en un cambio de legislación producido el 1 de enero de 2001 para las escisiones subjetivas que no sean ramas de actividad, si la escritura pública es de diciembre del año anterior y la inscripción se produce en el siguiente, resulta que la operación de reestructuración estaría exenta de Operaciones Societarias, por haberse devengado el tributo en diciembre del año y cumplir las condiciones del régimen de privilegio y, sin embargo, no cabría aplicar el régimen de diferimiento en el IS y en el IRPF. Esta solución es internamente contradictoria. El régimen privilegiado de fusiones y escisiones, basado en la neutralidad de la propia reestructuración, es un régimen para todo un conjunto de hechos imposables y no para ciertos tributos. El problema está, como hemos señalado, en que la determinación de las condiciones para poder acogerse al régimen nada tienen que ver ni con el Impuesto sobre Operaciones Societarias, ni con el Impuesto sobre Sociedades ni con referencia a ningún tributo en particular. Los requisitos de aplicación deben verificarse en un determinado momento con independencia de los devengos de los hechos imposables concretos y ese momento no está determinado a efectos tributarios, como se demuestra por la contradicción aquí puesta de manifiesto. Existe un vacío fiscal, laguna que hay que integrar y donde, como se puede ver en este caso, la afirmación de la DGT, emitida por la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, de aplicar la norma vigente a la inscripción es contradictoria con lo dispuesto para Operaciones Societarias.

Y lo dicho con relación al Impuesto sobre Operaciones Societarias se puede extender, a nuestro parecer, al IIVTNU. El devengo en este caso se produce en la fecha de la transmisión de la propiedad, lo que supone que nos encontramos ante una norma de remisión al Derecho privado y, por tanto, esa transmisión se produce formalmente con la inscripción en el Registro (art. 245 de la LSA). Sin embargo, lo cierto es que las Ordenanzas fiscales de los Ayuntamientos determinan de forma concreta cuándo se entiende realizada la transmisión. Así, el Ayuntamiento de Madrid, después de hacer referencia a la exención de las reorganizaciones empresariales en su artículo 4.1(a), en el artículo 18.2(a) dispone que a efectos de determinar la fecha de transmisión –devengo– se tomará «*En los*

*actos o contratos entre vivos, la del otorgamiento del documento público»*⁵⁰. El caso concreto de fusiones y escisiones, que es un supuesto de sucesión y no una transmisión *inter vivos*, no está expresamente contemplado en la Ordenanza. De esta manera, o bien se entiende que hay un vacío en la regulación municipal, acudiéndose directamente al precepto mercantil –eficacia con la inscripción–, o bien se aplica esta norma general a todos los casos donde existan transmisiones entre empresas. A nuestro juicio, este precepto tiene vocación de generalidad para todas las transmisiones, con independencia de cuál sea la causa de la misma, por lo que alcanzaría a las reorganizaciones empresariales. Es más, creemos que esta regulación no supone para este caso una contravención de la Ley de Haciendas Locales con relación al Derecho mercantil⁵¹, pues mercantilmente la validez de la fusión entre las sociedades, que son quienes transmiten los elementos patrimoniales, se produce con el acuerdo y se formaliza en la escritura pública, por lo que hacer referencia a ésta no supone un incumplimiento de la normativa privada⁵².

En cualquier caso, podemos concluir que la interpretación de la DGT al aplicar la norma vigente en la fecha de inscripción da lugar a una incongruencia con lo dispuesto para el Impuesto de Operaciones Societarias y la Plusvalía Municipal. Atenta a nuestro parecer contra la coherencia del sistema, pues la norma que regula las condiciones de aplicabilidad de la reestructuración empresarial para todo el sistema de privilegio se aplica temporalmente en distintos momentos según cuál sea el tributo implicado⁵³.

c) La presentación en el Registro y la inscripción en el Registro.

Desde el momento en que el acuerdo de fusión se adopta debe publicarse tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias donde cada una de las sociedades tenga su domicilio (art. 242 de la LSA), y la fusión no podrá ser escriturada hasta que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio, teniendo los acreedores de las entidades el derecho de oponerse a la fusión en los términos del artículo 166 de la LSA durante dicho plazo (art. 243 de

⁵⁰ El artículo 18.2 establece que a los efectos del devengo «se considerará fecha de la transmisión: a) En los actos o contratos entre vivos, la del otorgamiento del documento público y, cuando se trate de documentos privados, la de su presentación ante la Administración Tributaria Municipal; b) En las subastas judiciales, administrativas o notariales, se tomará excepcionalmente la fecha del auto o providencia aprobando el remate si en el mismo queda constancia de la entrega del inmueble. En cualquier otro caso, se estará a la fecha del documento público; c) En las expropiaciones forzosas, la fecha de ocupación y pago; d) En las transmisiones por causa de muerte, la de fallecimiento del causante».

⁵¹ Señala PIÑA GARRIDO (1997, págs. 103-104) que la Ordenanza fiscal sólo puede actuar donde la ley se lo permita y el devengo está reservado a la Ley. Por tanto, es la norma privada, reguladora de la transmisión, la que indicará el momento en que se entiende realizada.

⁵² No obstante lo dicho, sí se plantearían problemas en aquellos casos donde, una vez adoptado el acuerdo e incluso elevado a público la escritura, las entidades decidieran dar marcha atrás en la fusión o escisión, ya que el artículo 19.2 de la Ordenanza Municipal de Madrid determina que «Si el contrato queda sin efecto por mutuo acuerdo de las partes contratantes, no procederá la devolución del impuesto satisfecho y se considerará como un acto nuevo sujeto a tributación». A nuestro juicio, y al no haber fusiones o escisiones que no se inscriban, por ser el punto final del procedimiento, tal precepto no sería aplicable y sí deberían devolverse los tributos satisfechos.

⁵³ Uno de los argumentos de interpretación es el de coherencia del sistema, en virtud del cual el sistema normativo, se supone que elaborado por un legislador consecuente y racional, no puede regular dos situaciones idénticas de forma contradictoria o incompatible (principio de exclusión de las antinomias). Vide SANTAMARÍA PASTOR (1988, pág. 397).

la LSA) ⁵⁴. Es decir, desde que se aprueba la fusión, un primer impedimento, que difiere la posibilidad de inscribir y acogerse de forma inmediata al régimen fiscal vigente en el momento de los acuerdos, es, precisamente, el régimen pensado para la tutela de los acreedores, entre los que está, por cierto, la Hacienda Pública. Si, además, alguno de los acreedores se opone a la escisión, se paraliza la ejecución del acuerdo hasta el momento en que consiga el asentimiento del acreedor o cuando se preste la garantía necesaria (art. 243 por remisión al art. 166.3 de la LSA).

Una vez que se puede escriturar, es conocido que desde el momento en que se va al notario para la elevación a público hasta que el notario entrega el original y las correspondientes copias pasa un tiempo que en algunos casos es mayor al deseado si la escritura es compleja. A esto hay que añadir la necesidad de hacer correcciones y subsanaciones. Una vez que se tiene la escritura original, con los correspondientes sellos de pago o exención de Impuestos, se presenta al registrador. Partiendo de la base de que la fecha de presentación en el Registro no tiene efectos en lo referente a la fusión o escisión será necesario esperar a que el registrador califique la fusión o escisión ⁵⁵. El plazo para calificar es, en teoría, de 15 días o de 30 días si hay justa causa (art. 61 del RRM). Naturalmente, los plazos no siempre se cumplen. Y si se da por buena la fusión y hay sociedades que están en otros Registros, no puede inscribirse la misma hasta el momento en que exista en el título nota firmada por el registrador correspondiente al domicilio de las sociedades que se extinguen, declarando la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida (art. 231.1 del RRM).

Es decir, que en aquellos casos donde los acuerdos de las juntas se hubieran tomado en diciembre, el hecho de tener que esperar un mes desde la publicación del último anuncio haría imposible la inscripción con anterioridad a 2001. Pero incluso si la escritura de escisión se hubiera elevado a público en diciembre del año 2000 la aplicación de la norma de 2000 o de 2001 dependería de la rapidez del notario, de la diligencia del registrador, de que no hubiera defectos subsanables, de que

⁵⁴ El fundamento de la atribución del derecho de oposición se encuentra en la tutela de la garantía patrimonial que disfrutaban los acreedores, que no puede verse anulada o disminuida como consecuencia de la fusión o escisión (CORTÉS Y PÉREZ TROYA, 2002, pág. 4.986).

⁵⁵ Hay que tener en consideración que el artículo 55.1 del RRM dispone que «*Se considera como fecha de la inscripción la fecha del asiento de presentación*». Cabe preguntarse, entonces, si a la hora de determinar la norma aplicable en el régimen fiscal hay que estar a la inscripción real o a la presentación en el Registro. Para CERDÁ ALBERO (1993, pág. 363) parece que la eficacia de la escisión podría adelantarse a la fecha del asiento de presentación. A nuestro parecer, el tenor de la LSA al afirmar que «*la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción*» deja a las claras que es la propia inscripción la que dota de eficacia a la fusión, con independencia de la presentación. A esto hay que añadir que la razón de ser del artículo 55.1 del RRM se limita, simplemente, a dar solución a aquellos casos donde es necesario establecer una prioridad de actos. En este sentido, la Resolución de 6 de julio de 2004 de la DGRN (RJ 2004\5433) señala que «*en su función calificadora, los Registradores Mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después (cfr. Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999 y 13 de noviembre de 2001), de suerte que sólo excepcionalmente cabe admitir la posibilidad de que los Registradores Mercantiles puedan y deban tomar en consideración algún documento referente al mismo sujeto inscrito o inscribible que, aun presentado después del que se califica, resulten incompatibles u opuestos a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles e ineficaces... A mayor abundamiento, si se admitiera el criterio del Registrador, sobre desvirtuarse totalmente el propio principio de prioridad que rige el desenvolvimiento de nuestro sistema registral, quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión*».

si hubiera otro Registro contestara en un tiempo razonable, etc. De esta manera, dependería de circunstancias ajenas a los sujetos pasivos el hecho de que un procedimiento de fusión iniciado con antelación y con una norma que permitía ahorrarse los tributos pudiese llegar a puerto seguro. Esto supone, a nuestro juicio, contravenir tanto el principio de seguridad jurídica como el principio de confianza legítima. Pero también puede abordarse su legitimidad desde el principio de igualdad: ¿se respetaría dicho principio si dos escrituras públicas de dos escisiones distintas se elevan a público el mismo día de diciembre, se presentan a inscribir el mismo día de diciembre, pero una se inscribe antes del 31 de diciembre y otra en enero del año siguiente?, ¿es la diligencia del registrador un criterio válido para aplicar a dos situaciones iguales distintas normas jurídicas?

Al margen de lo hasta ahora señalado, los mecanismos de funcionamiento de la inscripción mercantil de las fusiones y escisiones podrían ocasionar problemas operativos que afectarían al régimen tributario aplicable. Pongamos algún ejemplo:

- (i) La norma cambia el 1 de enero de 2001. Una fusión se inscribe el día 30 de diciembre de 2000. Pero, a su vez, las sociedades que desaparecen están en otros Registros, de tal manera que no están canceladas registralmente en dicha fecha (que es cuando se entienden extinguidas a efectos mercantiles). Es necesario, conforme se dispone en el artículo 233.1 del RRM, que el registrador que inscribe la fusión comunique a los registradores de las sociedades que se extinguen este oficio, y una vez recibido se cancelan los asientos. Si las sociedades que se extinguen lo hacen registralmente el día 5 de enero, ¿qué régimen se les aplica el vigente el día 30 de diciembre, que es cuando se inscribe la fusión, o el 5 de diciembre, que es cuando se cancelan las que se extinguen?
- (ii) Y lo mismo cabe decir con relación a la escisión total. Conforme determina el artículo 236 del RRM es necesario inscribir las nuevas sociedades. Y lo primero que se plantea es que sucede si la inscripción de cada una de las nuevas entidades se hace en día distinto ⁵⁶. A esto hay que añadir que la cancelación de la sociedad que desaparece se producirá después. Es decir, es posible, y siguiendo con las fechas anteriores, que la inscripción de alguna entidad se produzca en los últimos días de diciembre y las restantes en los primeros días de enero, y, de la misma manera, la cancelación de la entidad que desaparece será en enero del siguiente año.
- (iii) Y pongamos otro supuesto de laboratorio. El registrador mercantil, deniega la inscripción por motivos de legalidad en noviembre de 2000 (art. 6 de RRM) y las partes no están conformes con dicha resolución. Se interpone un recurso gubernativo, de tal manera que la inscripción queda en suspenso «*hasta el día en que recayere la resolución definitiva*» (art. 66 del RRM). A su vez, el registrador, en el plazo de 15 días, resuelve el recurso reafirmando su primera resolución (art. 70 del RRM). Se interpone recurso de alzada ante la DGRN, resolviendo favorablemente al recurrente en el plazo de cuatro meses (art. 72 del RRM). Es decir, la Resolución definitiva que da la razón a las entidades vendrá en el año 2001, cuando la nueva norma fiscal estará vigente. Pero ¿tiene el sujeto pasivo que afrontar las consecuencias negativas derivadas de un error del registrador?

⁵⁶ OLEO BANET (1995, pág. 221) entiende que la previsión del artículo 245.1 debe ir referida a la inscripción de la última de las sociedades.

d) La comunicación del acogimiento al régimen de fusiones y escisiones.

Una idea que a nuestro juicio entra en contradicción con la tesis de la DGT de entender aplicable la norma vigente en la fecha de inscripción en el Registro es la anterior regulación de la comunicación del régimen. En efecto, hasta la reforma de la Ley 14/2000, el artículo 110.1 de la Ley 43/1995 disponía que la opción por el régimen privilegiado «*deberá comunicarse al Ministerio de Economía y Hacienda con carácter previo a la inscripción de la correspondiente escritura*».

La aplicación del régimen privilegiado es de carácter voluntario y está configurado como un sistema de comunicación, no de autorización. Los interesados se limitan a comunicar a la Administración que optan por el régimen fiscal privilegiado. Pues bien, a nuestro juicio, una comunicación de este tipo sólo puede realizarse con base en la norma aplicable en el momento en que nace el deber de hacerla.

Si se está de acuerdo con que las comunicaciones son actos por los que se ponen en conocimiento de la Administración datos de sus autores que tienen una significación tributaria y que, además, contiene una manifestación de voluntad para acogerse a una determinada opción, creo que se puede concluir que el deber de comunicar antes de la inscripción sólo puede significar que la norma aplicable no es la de la inscripción ⁵⁷. Será, como mínimo, la de la escritura. Otra solución supondría configurar una comunicación de contenido imposible, comunicar unos datos y una opción que puede no tener incidencia jurídica. Por tanto, criterios de racionalidad del sistema, abogan porque la norma aplicable sea, como mínimo la vigente en la fecha de formalización de la escritura ⁵⁸.

Pero al margen de esta cuestión, la obligación de comunicar el sometimiento al régimen de privilegio antes de la inscripción suponía, a nuestro parecer, que el propio legislador tributario reconociera que era el acuerdo de la junta de socios y su formalización en escritura pública el verdadero epicentro de las fusiones o escisiones con independencia de la eficacia registral. Es decir, dentro del procedimiento mercantil el legislador tributario entendía que el momento de efectividad tributaria era la escritura pública y no el de la inscripción.

e) Necesidad de que en el proyecto de fusión conste la aplicación del régimen de privilegio; régimen actual y el régimen anterior.

Y la idea de no poder acudir como norma aplicable a la de inscripción, creemos, además, que tiene un refrendo normativo en la actual norma del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, la opción por el régimen privilegiado en las fusiones y escisiones debe constar en el proyecto de fusión o esci-

⁵⁷ Sobre las comunicaciones tributarias como actos de puesta en conocimiento de datos de trascendencia tributaria y como manifestación por una determinada opción, *vide*, GARCÍA CALVENTE (2001, págs. 686-687).

⁵⁸ El argumento de racionalidad del sistema supone que un sistema normativo, elaborado por un legislador razonable, no puede suministrar un resultado interpretativo o aplicativo de las normas que sea en sí mismo ilógico o inicuo (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, pág. 399).

sión y en los acuerdos sociales y, por tanto, en la propia escritura pública [art. 96.1(a) TRLIS], considerándose no una obligación formal sino un requisito de aplicabilidad del régimen (Resolución de la DGT de 23 de septiembre de 2004, consulta vinculante 127-04, *Normacef Fiscal* NFC019979). Se reconoce que la fusión y escisión son un *proceso* afectado por una norma tributaria y, como tal, desde el primer momento debe darse a conocer a los interesados que nos encontramos ante un régimen privilegiado⁵⁹. Pero, a su vez, la norma fiscal presupone que la ley que tienen que tomar en consideración para ver si cumplen los requisitos para acogerse al régimen es, como mínimo, la del acuerdo, pues de otra manera, no tendría sentido esta mención en la escritura pública. Al igual que en caso anterior, un argumento de racionalidad del sistema aboga en contra de las tesis de la DGT.

f) La intrascendencia de las consultas tributarias y la vulneración de la seguridad jurídica.

Otra cuestión importante es, a nuestro juicio, el papel de las consultas tributarias. Con la LGT 230/1963 las consultas sobre la aplicación del régimen de fusiones y escisiones eran vinculantes, debido a que en estos supuestos el legislador era consciente de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica mediante el ofrecimiento del mecanismo de la consulta [art. 107.4(f)]. Y con la LGT 58/2003 todas las consultas son vinculantes (art. 89). Pero los efectos vinculantes de estas consultas están condicionados a que no se modifique la legislación. Y, precisamente, lo que aquí se cuestiona es el régimen aplicable por un cambio de norma.

Pero desde el punto de vista de las entidades que se van a fusionar o escindir, las consultas tributarias sobre si les es aplicable el régimen privilegiado sólo tienen sentido plantearse antes de que se inicie el proyecto de fusión porque, precisamente, el régimen tributario es uno de los componentes fundamentales para determinar todos los valores de la fusión o escisión. Es más, como acabamos de ver, el artículo 96.1(a) del TRLIS exige que el acogimiento al régimen se incluya en el proyecto. La cuestión es sencilla, ¿tiene sentido plantear consultas tributarias cuando el régimen aplicable se puede no respetar como consecuencia de la entrada en vigor de una norma antes de la inscripción?⁶⁰ A nuestro parecer, la doctrina de la DGT sobre la inscripción, supone dejar sin contenido material su propia doctrina respecto a un caso concreto, con la consiguiente vulneración de la seguridad jurídica y la confianza legítima. Y en este sentido, no hay que olvidar que precisamente la Ley 14/2000 introdujo en el hoy artículo 96.2 la posibilidad de plantear consultas vinculantes sobre la aplicación y el cumplimiento de los motivos económicos válidos. Este precepto, como señala GARCÍA NOVOA

⁵⁹ El actual artículo 96.1 fue redactado por la Ley 14/2000 y su contenido se justificó en que la aplicación del régimen fiscal era de *máxima importancia* por cuanto afectaba a las entidades y, en la mayoría de los casos, a los socios, porque resultaba *imprescindible* dotar de la máxima transparencia a los acuerdos correspondientes y exigir que los mismos se adopten con participación o, al menos, con la aquiescencia tácita de todos los implicados.

⁶⁰ Si se entiende que la inclusión en el proyecto de fusión o escisión de la aplicación del régimen de privilegio es obligatorio tanto desde la perspectiva fiscal como de la sustantiva, creemos que una consulta sobre la aplicación del régimen tributario que se planteara con posterioridad a la suscripción del proyecto de fusión o escisión carecería de efectos vinculantes. En efecto, las consultas sólo tienen eficacia si se plantean antes de que transcurra el plazo necesario para el ejercicio de derechos y en este caso el derecho se ejerce, así lo creemos, al suscribir el proyecto (arts. 89.1 y 88.2 de la LGT 58/2003).

(2001b, pág. 52), más allá de las motivaciones de la seguridad jurídica, está introduciendo un mecanismo voluntario de *intervención previa* de la Administración, para evitar riesgos *a posteriori*. Pero esta intervención previa sólo tiene sentido si el marco normativo es el mismo durante todo el procedimiento de fusión o escisión.

g) Las disposiciones transitorias en las normas que han modificado los regímenes de fusión y escisión.

Como hemos señalado, no hay en la normativa de fusiones y escisiones una fecha determinada en la que se hayan de cumplir los requisitos necesarios para poder acogerse al régimen privilegiado. Sin embargo, en algunas de las modificaciones en materia de reestructuraciones empresariales sí se aprobaron normas de carácter transitorio, lo que sólo tiene sentido si implícitamente se está reconociendo la existencia de un procedimiento que debería tener el mismo régimen durante su realización.

- (i) Así, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, dispuso en su disposición transitoria primera que:

*«Se regirán por lo establecido en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas y en su normativa de desarrollo, las **operaciones de fusión y escisión acordadas** con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, cuando reúnan los requisitos necesarios y lo soliciten los interesados antes de transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la presente ley.*

No obstante, los interesados podrán optar por el régimen establecido en la presente ley, previa comunicación a la Comisión Informadora sobre Fusiones de Empresas.»

La normativa en materia de fusiones y escisiones mercantil aplicable a partir de 1990 es la actualmente vigente, y su artículo 245 hace mención al carácter constitutivo de la inscripción en el Registro. Por tanto, aun cuando en la fecha de inscripción de la fusión o escisión la norma vigente fuera la Ley 29/1991, el legislador determinó, con arreglo a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que podían seguir con el anterior sistema siempre que las fusiones y escisiones hubieran sido *acordadas*.

- (ii) Aunque no se trata propiamente de una disposición transitoria, la disposición adicional vigésima octava de la Ley 42/1994, de Acompañamiento para 1995, disponía que:

«En los supuestos de doble transparencia fiscal a que se refiere el apartado cinco del artículo 52 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las distintas sociedades implicadas podrán fusionarse entre sí o

acordar su disolución y liquidación con exención de impuestos y gravámenes siempre y cuando inicien el procedimiento de fusión o de disolución con liquidación con anterioridad al 31 de diciembre de 1995.»

Por su parte, la Resolución de 21 de junio de 1995, de la DGT, sobre la citada disposición adicional vigésima octava, dispone en su apartado segundo.², que será necesario para su aplicación que dichas entidades:

«hayan adoptado válidamente el acuerdo de fusión o disolución con liquidación entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 1995 y realicen con posterioridad al acuerdo todos los actos o negocios jurídicos necesarios, según la normativa mercantil, hasta la absorción, inscripción de la nueva sociedad o la cancelación registral de la sociedad "en liquidación"».

El contenido de esta Resolución es, a nuestro parecer, una muestra de técnica jurídica digna de alabar. Se identifica perfectamente que la fusión es un procedimiento que puede prolongarse en el tiempo. Se advierte que el elemento basilar de toda fusión es el acuerdo válidamente adoptado, que es cuando se perfecciona el contrato, pero siempre y cuando concluya con la correspondiente inscripción.

- (iii) La Ley 14/2000 introdujo algunas modificaciones formales para el acogimiento al régimen de beneficio. En concreto, se estableció la necesidad de que la aplicación del régimen constara en el proyecto de fusión o escisión y en los acuerdos sociales y, además, que la comunicación se realizaría una vez inscrita la fusión o escisión. La disposición transitoria octava de la propia Ley 14/2000 determinó que *«para el ejercicio y comunicación de la opción por el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, serán aplicables a aquellas operaciones en las que el correspondiente proyecto, acuerdo o contrato se realice a partir del 1 de enero de 2001».*

La norma fue introducida en el Senado y justificada por la *coherencia* con la reforma del artículo 110.1 de la Ley 43/1995. A nuestro juicio, sin embargo, es una norma de difícil interpretación, pues una norma transitoria sólo tiene sentido si se engarza en un procedimiento. Se puede entender en el sentido de que nos encontramos ante una norma que trata de evitar, precisamente, la retroactividad. Esta interpretación pasa por mantener que todos los requisitos relativos a la inclusión del acogimiento al régimen de privilegio deben ser los vigentes en la fecha de la inscripción y, mediante esta norma, se evita la retroactividad que en otro caso se produciría con relación a los proyectos y acuerdos tomados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. Otra opción es, precisamente, la contraria. La norma vigente es la existente desde que se inicia el proyecto pero, como excepción, en los acuerdos que se vayan a tomar después de 1 de enero se les aplicará esta norma. Hay que tener en consideración que lo que se aprueba es el proyecto presentado por los administradores, por lo que no parece que fuera exigible, de no ser por este precepto, que

debiera incluirse en el acuerdo la mención expresa al acogimiento al régimen si no estaba previamente recogido en el proyecto. A nuestro parecer, esta segunda interpretación es más acorde con la finalidad de *coherencia* que justificó su inclusión, pues nada se dice sobre retroactividad en los motivos que alumbraron su establecimiento ⁶¹.

- (iv) La disposición transitoria sexta de la Ley 24/2001, de Acompañamiento para 2002, de 27 de diciembre, dispone que «*La valoración resultante de la imputación a los bienes amortizables del inmovilizado que corresponda la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico, según redacción establecida por esta Ley al apartado 3 del artículo 103 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, tendrá efectos fiscales para aquellas operaciones que se hayan inscrito a partir de 1 de enero de 2002*». Con independencia de que la citada disposición tuviera algunos defectos técnicos que obligaron a que fuera redactada de nuevo por la Ley 46/2002, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, lo cierto es que se aplica para las operaciones inscritas. Y, precisamente, esta mención sólo parece tener sentido si, *a sensu contrario*, la normativa que se le aplicara en otro caso fuera la vigente en la fecha de la escritura pública, la del acuerdo u otra anterior. Es decir, ha sido necesario determinar la fecha de inscripción porque, en otro caso, la norma aplicable hubiera sido otra.

Podemos concluir, por tanto, que el régimen de las disposiciones transitorias hasta ahora aparecidas no provee argumentos favorables para que se aplique el régimen vigente en la fecha de inscripción.

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA Y LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA

Hasta ahora hemos analizado el régimen aplicable, bien desde la perspectiva del Derecho mercantil y su concepto de procedimiento, bien poniendo de manifiesto diversos argumentos tributarios que contrarían, a nuestro parecer, la aplicación de la norma vigente en la fecha de la inscripción de la reestructuración. Es necesario hacer una aproximación desde dos de los principios básicos del Derecho: el de seguridad jurídica y, como consecuencia, el de confianza legítima.

⁶¹ Todavía cabe una tercera aproximación que tendría que ver con los ejercicios económicos que no coinciden con el año natural. Si se entiende que esta modificación entra en vigor para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2001, es posible que un procedimiento de fusión y escisión se inicie y concluya con la normativa anterior si la inscripción en 2001 se produce con anterioridad a la finalización del ejercicio partido de la entidad. Mediante esta disposición la obligación de mencionar la aplicación del régimen en el proyecto y acuerdo entraría en vigor con anterioridad al resto de normas, de tal manera que, en nuestro ejemplo, si el acuerdo se tomara en enero de 2001 debería incluirse en el mismo el acogimiento al régimen.

La protección de la confianza legítima sólo puede apreciarse a la luz de la situación concreta y de la actitud de los interesados, quienes podrán invocar el principio siempre que una Institución haya hecho concebir esperanzas fundadas en el mantenimiento de una determinada situación ⁶². En concreto, en el ámbito del Derecho comunitario se afirma que debe compatibilizarse un suficiente grado de flexibilidad y dinamismo para adaptarse a los cambios con una mínima estabilidad que permita a los operadores tomar, con algo de certeza, sus decisiones ⁶³. Y, como consecuencia, el principio de confianza legítima ha tenido su principal ámbito de aplicación en la sucesión de normas en el tiempo.

Antes de centrarnos en el análisis de la retroactividad es necesario fijar si, en el objeto de este trabajo, nos encontramos o no ante una situación de retroactividad, ya sea auténtica o impropia. La retroactividad auténtica es aquella en la que la nueva norma se aplica a situaciones ya concluidas, y en la que, salvo exigencias cualificadas del bien común, estaría prohibida. Por el contrario, la impropia es aquella en la que una disposición pretende incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, cuya licitud o ilicitud resultaría de una ponderación de los bienes caso por caso. El problema que aquí estudiamos tiene una dificultad adicional en tanto nos encontramos vacío normativo. Como ya hemos señalado, a nuestro parecer, no existe ningún precepto que determine cuál es la norma temporal que hay que aplicar con relación al cumplimiento de las condiciones de acogimiento al régimen privilegiado (en concreto, los artículos 83 y el 94 del TRLIS, que determinan qué operaciones se pueden acoger al régimen fiscal, y el artículo 96, que regula la existencia de motivos económicos válidos y la opción por el régimen). Y esa laguna ha sido resuelta por la DGT aplicando la norma vigente en la fecha de inscripción. En términos jurídicos entendemos que no cabe hablar de retroactividad de la norma, pues es esta una cuestión obviada legalmente, sino de una *interpretación que da lugar a una aplicación retroactiva de la ley*.

A nuestro parecer, esta interpretación de la DGT, donde un procedimiento de fusión o escisión iniciado con una norma que permitía acogerse al citado régimen cambia antes de la inscripción, da lugar, como mínimo, a una retroactividad impropia, pues se aplica una nueva norma a situaciones actuales no concluidas que, de hecho, empezaron a fraguarse con otra. Pero es que, incluso, es necesario estudiar si se produce o no una retroactividad auténtica en aquellos casos donde se aplica una norma vigente en la inscripción a acuerdos sociales ya tomados con otra norma. Como hemos mencionado, la reestructuración empresarial es un procedimiento que se inicia con la suscripción del proyecto y termina con la inscripción. Pero el momento de perfección del contrato, el instante que impide a las entidades dar marcha atrás en la decisión adoptada y de plena validez entre las partes es el del acuerdo de fusión o escisión y su posterior formalización en escritura pública. Por tanto, si la norma vigente en la fecha de adopción del acuerdo cambia, se estarían anudando efectos a situaciones *ya concluidas materialmente*, y que sólo depende de un control formal de legalidad y publicidad para su plena eficacia frente a terceros. A nuestro parecer, nos encontraríamos ante una interpretación que deriva en una aplicación retroactiva plena.

⁶² Señala GARCÍA NOVOA (2000, pág. 176) que es necesario ver si la confianza en la inalterabilidad de la norma tributaria del ciudadano que ha condicionado su conducta económica ajustándola a la legislación vigente es digna de protección, atendiendo a si las circunstancias del caso concreto han permitido una correcta formación de dicha confianza.

⁶³ *Vide*, sobre la aplicación de este principio en el Derecho financiero, ANÍBARRO PÉREZ (2003, págs. 396 y ss.).

Si la retroactividad es auténtica, como hemos señalado, está generalmente proscrita, y sólo en aquellos casos donde existan exigencias cualificadas del bien común es posible dicha retroactividad (STC 126/1987) ⁶⁴. Si se entiende que nos encontramos ante una retroactividad impropia, el Tribunal Constitucional determina que deben darse dos requisitos para que la norma no vulnere la seguridad jurídica y la confianza legítima. En primer lugar, que los cambios normativos sean razonablemente previsibles y, en segundo, la existencia de algún motivo o circunstancia de interés general que justificara el sacrificio del mencionado principio ⁶⁵. Pues bien, como hemos señalado reiteradamente en este trabajo, las reestructuraciones empresariales son un procedimiento largo y complejo y las consecuencias económicas en el caso de no ser aplicable el régimen fiscal son, en muchos casos, inasumibles. Precisamente, el régimen fiscal de privilegio tiene como finalidad la neutralidad, evitar que motivos fiscales impidan llevar a cabo reestructuraciones con fundamentos económicos, de tal manera que a la hora de diseñar la fusión o escisión el coste fiscal será un elemento de carácter decisivo ⁶⁶. Esto supone que los cambios normativos efectuados a finales de diciembre en las Leyes de Acompañamiento y que entran en vigor el día 1 de enero ni son razonablemente previsibles, pues en dicho caso lo lógico es no iniciar el procedimiento de reestructuración si no se sabe que se va a terminar antes de fin de año, y sobre todo, no parece que haya razón alguna que justifique vulnerar la seguridad jurídica ⁶⁷. No hay que olvidar que, de hecho, la STC 234/2001, con relación a una norma que dejaba sin efecto exenciones ya reconocidas y otorgadas, y donde los sujetos habrían partido de la exención como un elemento para determinar los *precios de comercialización de sus productos* en una razonable previsión de su actividad empresarial, se menoscaba el principio de confianza legítima en cuanto contribuyentes al haberse vulnerado la razonable y fundada expectativa de éstos en el Ordenamiento Jurídico aplicable. Y este argumento es predicable, incluso con mayor empeño, para las operaciones de reestructuración, debido al peso definitivo que las consideraciones fiscales tienen en la toma de decisiones de estas operaciones. Es más, como hemos señalado, el factor fiscal determinará cuál ha sido el valor de canje, el patrimonio de las nuevas entidades, el valor de las nuevas acciones y participaciones, etc., y la exclusión del régimen implicaría, como hemos visto, la nulidad de todo el procedimiento mercantil de fusión o escisión al estar sobrevalorados todos los valores patrimoniales de la operación de reorganización ⁶⁸.

⁶⁴ Señala ANÍBARRO PÉREZ (1993, pág. 402) que para que surja la responsabilidad de la comunidad, como se desprende de la Sentencia de 8 de junio de 1978 (As. 97/76), debe tratarse de una norma que, en defecto de interés público perentorio en sentido contrario, introduzca modificaciones con efecto inmediato y sin advertencia, y en ausencia de medidas transitorias adecuadas.

⁶⁵ SSTC 150/1990, 197/1992, 205/1992, 173/1996, 182/1997, 273/2000 y 234/2001. No obstante, es preciso señalar que se ha criticado la indeterminación de los términos y las fórmulas abiertas empleadas por el Tribunal Constitucional (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2000, pág. 2.126).

⁶⁶ La STC 182/1997 advierte sobre la necesidad de proteger la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles y que *calculan su comportamiento económico según el coste previsible de la carga fiscal que han de soportar*. En el mismo sentido, la STC 173/1996 ha determinado que para planificar cualquier actividad no cabe desconocer que *el tributo es siempre un componente más del coste de la misma*.

⁶⁷ GARCÍA NOVOA (2000, pág. 113) señala que la idea de *previsibilidad* es un elemento fundamental del sistema tributario, pues sólo la seguridad de un Ordenamiento de consecuencias previsibles garantiza el contraste constitucional de las normas tributarias y la interdicción de la arbitrariedad de los aplicadores del derecho. Lo fundamental en el análisis constitucional de las normas tributarias de nuestro tiempo es la certeza en una univocidad de resultados.

⁶⁸ Por otro lado, hay que recordar que, para que el denominado efecto anuncio sea aplicable, es necesario que la reforma legislativa tenga expresamente menciones retroactivas (GARCÍA NOVOA, 2000, pág. 181). Y en la modificación producida por la Ley 14/2000 sobre escisiones subjetivas y el motivo económico válido nada se establece al respecto.

Pues bien, a la vista de las anteriores conclusiones la interpretación de la DGT contraviene, a nuestro parecer, el principio de confianza legítima⁶⁹. Y no hay que olvidar que el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que las Administraciones Públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima». Una actuación conforme al principio de confianza legítima, que es lo que exige la Ley de Régimen Jurídico, debe llevar a entender aplicable, como mínimo, la norma vigente en el momento de la adopción del acuerdo, que es el punto de no retorno.

Hemos hasta ahora entendido que existía un vacío normativo y que era la interpretación de la Administración la que daba lugar a una retroactividad de la confianza legítima y de la seguridad jurídica. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede si, en contra de lo aquí mantenido, no se trata de una cuestión de interpretación y legalmente la norma aplicable es la de la inscripción⁷⁰. En dicho caso, la nueva norma seguiría siendo retroactiva, pero con dos agravantes adicionales que abogarían por su posible inconstitucionalidad. En primer lugar, porque, como hemos señalado, la retroactividad está permitida cuando existan razones que la justifiquen. Sin embargo, dichas razones no están plasmadas en ningún sitio⁷¹. En segundo lugar, si, como hemos señalado, nos encontramos ante una retroactividad auténtica y plena en aquellos casos en que a los acuerdos de fusión o escisión adoptados bajo una norma se les aplica la vigente en el momento de la inscripción, la normativa debe expresamente determinar que tiene efectos retroactivos (art. 10.2 de la LGT 58/2003 y art. 20.1 de la LGT 230/1963 por remisión al Código Civil). Pues bien, dicha mención no existe en ninguna modificación sobre los cambios en los requisitos para poder acogerse al régimen privilegiado de reestructuraciones empresariales⁷².

⁶⁹ Desde un punto de vista jurídico, el principio de seguridad jurídica con relación al devengo supone, como en su día señaló SAINZ DE BUJANDA (1963, pág. 181), saber a qué atenerse, lo que no es, en definitiva, sino «estar asegurado: 1.º Respecto a la normativa aplicable a su contenido y efectos; y 2.º Respecto a la circunstancia de que los órganos estatales actuarán de conformidad con aquella y velarán por su cumplimiento».

⁷⁰ De hecho, entendemos que la DGT parte en sus resoluciones de la no existencia de un vacío normativo, al ser aplicable la entrada en vigor diseñada para el IS –entrada en vigor para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero–. Por tanto, la fusión o escisión tienen plena eficacia con la inscripción y la norma aplicable es la vigente conforme a la entrada en vigor de las reformas del IS.

⁷¹ En la STC 234/2001 se señala que la norma retroactiva que en dicho caso se enjuiciaba carecía de una justificación objetiva y plausible pues «así lo ponen de manifiesto, de un lado, la ausencia de consideración de ningún tipo sobre la disposición enjuiciada en el debate parlamentario seguido para la elaboración y aprobación de la Ley 45/1985, y, por otra parte, la falta de invocación de razones justificativas de dicho alcance retroactivo en el Preámbulo de dicha Ley». Así, con relación a la modificación de la Ley 14/2000, no existe ninguna justificación al respecto. En concreto, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2000 se señala que entre las modificaciones tributarias propuestas las hay «por razones de tipo técnico, derivadas de la experiencia de aplicación de las normas tributarias por la Administración y los contribuyentes, así como del impacto que la jurisprudencia y la doctrina van generando en la normativa tributaria. En particular, cabe destacar los nuevos supuestos de exención por indemnizaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la modificación de algunos aspectos del Régimen de Fusiones en el Impuesto sobre Sociedades y la equiparación de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes con los tipos de retención existentes para residentes». Parece que los motivos de la modificación de las escisiones subjetivas deben ser los derivados de la experiencia de aplicación de las normas pues, como ha señalado (GARCÍA NOVOA, 2001a, págs. 1.814-1.815), la razón última es evitar una situación que a juicio de la Administración suponía un fraude al ser un supuesto análogo a la separación de socios o a la liquidación.

⁷² Por el contrario, la Ley 55/1999, que modificó una cuestión referente al régimen de fusiones y escisiones del artículo 98 (régimen de las rentas derivadas de la fusión o escisión), sí estableció una aplicación retroactiva del régimen, al ser aplicable la citada modificación no para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2000, sino que se aplicaba «a partir de 1 de octubre de 1999».

5. LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A CRITERIOS LÓGICOS Y CONSTITUCIONALES (CONCLUSIONES)

El objetivo de este trabajo se ha centrado en una cuestión que, en primera instancia, podría pensarse que es excesivamente singular: el cambio normativo producido sobre las condiciones necesarias para acogerse al régimen de privilegio durante la tramitación de un proceso de fusión o escisión. Pero, más allá de su aparente especificidad, ha sido un laboratorio de pruebas para examinar desde los principios constitucionales tributarios y generales el funcionamiento, la aplicación de las normas en el tiempo.

Como idea de partida es necesario reseñar que, a nuestro juicio, no existe precepto alguno que determine cuál es la norma temporal aplicable a los efectos de cumplir con los requisitos necesarios para poder acogerse al régimen privilegiado de reorganizaciones empresariales (los arts. 83 y el 94, que determinan qué operaciones se pueden acoger al régimen fiscal, y el artículo 96, que regula la existencia de motivos económicos válidos y la opción por el régimen). Las modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades, que es donde están reguladas estas condiciones, se aplican para los *ejercicios* iniciados a partir de 1 de enero, como consecuencia de la necesidad de que la norma sea la misma durante todo el período impositivo de este tributo. Pero los ejercicios económicos de las empresas nada tienen que ver con la norma aplicable en los procesos de reestructuración, pues el régimen de privilegio afecta a impuestos como el IVA, IOS o IIVTNU, tributos de devengo instantáneo donde la referencia ejercicios empresariales queda extramuros de sus configuraciones. Por tanto, en la ley no se establece si la norma vigente debe ser la de fecha de suscripción del proyecto, la de la adopción del acuerdo, la de escritura pública o la de inscripción, por lo que la normativa adolece de un defecto grave, en tanto las leyes han de constituir un «*mandato cierto, publicado y preciso*» (STC 65/1987). En concreto, la certeza exige, siguiendo a GARCÍA NOVOA [2000, pág. 117], que las leyes tributarias se elaboren de tal manera que de su contenido se desprenda la garantía de que el ciudadano pueda conocer las consecuencias fiscales de sus actos. Y, más en concreto, este autor advierte (pág. 77) que las pretensiones de certeza no deben abarcar sólo el conocimiento de la norma, sino también su vigencia material desde un punto de vista *temporal* ⁷³.

Y esta laguna, que debería ser corregida por el legislador, debe integrarse por el aplicador de la norma ⁷⁴. En este caso, la DGT mantiene, excepción hecha de la Resolución de la DGT de 22 de agosto de 2003 (consulta núm. 1127-03, *Normacef Fiscal*, NFC018461), que la norma aplicable es la vigente en la fecha de la inscripción porque hasta dicho momento mercantilmente no ha tenido eficacia la fusión o escisión (art. 245 de la LSA).

⁷³ En opinión de CALERO GALLEGO (citado por SÁNCHEZ PINO, 2001, pág. 171), la imprecisa regulación de la eficacia temporal de las normas tributarias constituye uno de los defectos técnicos más perniciosos del legislador.

⁷⁴ Señala ALONSO GONZÁLEZ (1997, pág. 61) que saber qué hecho o circunstancia determina el devengo del tributo y cuándo tiene lugar éste es una expresión de igualdad formal que beneficia a todos los ciudadanos y que, por afectar al deber de todos, se relaciona con el deber de generalidad. Así, concluye, el cómo y cuánto debe contribuir atañe a la esfera de lo material y debe solucionarse en una secuencia anterior.

Frente a dicho argumento, apegado a un solo precepto normativo, a lo largo de los epígrafes anteriores hemos contrapuesto otros que, a nuestro juicio, son de mayor calado con arreglo a criterios de interpretación:

- (i) Una interpretación sistemática con el Derecho mercantil, que se atenga a la verdadera naturaleza de la fusión o escisión como procedimiento complejo; exigiría que la norma tributaria fuera conocida desde que se suscribe el proyecto de reorganización, pero, como mínimo, la norma tendría que ser la vigente en el momento de aprobarse el acuerdo de fusión o escisión, instante en el que se perfeccionaría la reestructuración empresarial. Otra solución, como hemos señalado, llevaría a que las bases de valoración fueran erróneas, pues ni el valor patrimonial de las sociedades ni el valor de las acciones o participaciones serían correctos, lo que supondría la nulidad del proceso de reestructuración. Además, se habría vulnerado la confianza legítima de las entidades y los socios en la aplicación de una norma tributaria, ley que además habrá tenido en general un peso decisivo tanto en el diseño de la operación como en la toma de decisión.
- (ii) Partiendo de la base de que las reformas en el Impuesto sobre Sociedades entran en vigor, generalmente, para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero, una interpretación con arreglo a criterios de igualdad no parece aceptar que dos entidades que realizan dos procesos de reestructuración que se inician y concluyen el mismo día en un caso se cumplan los requisitos de aplicabilidad del régimen y no en el otro, por el mero hecho de que los ejercicios económicos no coincidan. Y, sobre todo, hay que pensar que en el régimen especial no sólo se produce un beneficio en el IS o en el IRPF, sino que otros tributos de devengo instantáneo, y que nada tienen que ver con el concepto de ejercicio económico, verán que su régimen aplicable difiere en función del período impositivo de la entidad en el Impuesto sobre Sociedades.
- (iii) La aplicación de los requisitos vigentes en el momento de la inscripción produce una incongruencia con el Impuesto sobre Operaciones Societarias cuando, entrando en vigor la nueva norma el 1 de enero, la escritura pública de la fusión o escisión se lleva a cabo con anterioridad a 31 de diciembre y la inscripción se produce en enero del año siguiente. Bajo dichas circunstancias, que fue lo que de hecho ocurrió en más de un caso con la modificación de la Ley 14/2000 sobre escisiones subjetivas, resulta que la reestructuración puede estar exenta en el Impuesto sobre Operaciones Societarias pero no en el IS o IRPF. Por tanto, la solución adoptada por la DGT, y más en concreto, por la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, atenta contra la coherencia del sistema, pues el régimen de privilegio es un régimen de neutralidad para el total de la operación y no para tributos en concreto.

Y esto que hemos señalado con relación al Impuesto sobre Operaciones Societarias es también predicable para el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana cuando la Ordenanza municipal, como ocurre por ejemplo en el Ayuntamiento de Madrid, disponga que la transmisión se entenderá realizada en la fecha del otorgamiento del documento público.

- (iv) El hecho de vincular la norma aplicable a la inscripción en el Registro supone dejar en manos de terceros la aplicación de un régimen u otro, de tal manera que cuestiones tales como la celeridad del notario, la diligencia del registrador, el hecho de que no hubiera defectos subsanables, las comunicaciones de otros Registros cuando fuera necesario, etc. Esto implica que los dictados de la seguridad jurídica no sean respetados. Por otro lado, creemos que se vulneraría el principio de igualdad cuando dos escisiones subjetivas hubieran, en los mismos días, suscrito el proyecto, aprobado los acuerdos y presentado a registrar antes de 31 de diciembre de 2000, pero que la inscripción para una de las reestructuraciones fuera en diciembre de 2000 mientras la otra fuera en enero de 2001.
- (v) El régimen de comunicación vigente hasta 1 de enero de 2001 disponía que la opción por el régimen de privilegio debía realizarse con carácter previo a la inscripción. A nuestro parecer, la racionalidad del sistema implicaba que la norma aplicable en el tiempo fuera, por tanto, anterior a la vigente en la fecha de la inscripción, pues carece de sentido comunicar una opción por un régimen cuando no se sabe si se cumplen las condiciones para acogerse al mismo.
- (vi) De la misma manera, con la actual regulación, es necesario que la opción por el régimen privilegiado en las fusiones y escisiones conste en el proyecto de fusión o escisión y en los acuerdos sociales y, por tanto, en la propia escritura pública [art. 96.1(a) TRLIS], considerándose no una obligación formal sino un requisito para la aplicabilidad del régimen. A nuestro parecer, esta norma presupone que la ley a tomar en consideración para ver si cumplen los requisitos para acogerse al régimen es, como mínimo, la del acuerdo, pues de otra manera no tendría sentido esta mención. Al igual que en el caso anterior, un argumento de racionalidad del sistema aboga en contra de adoptar la fecha de la inscripción.
- (vii) Por último, a nuestro parecer, la interpretación que hace la DGT con relación a la norma aplicable en las reestructuraciones empresariales da lugar a una aplicación retroactiva de la norma que no está permitida por los principios superiores del sistema. En efecto, si la norma cambia una vez adoptado el acuerdo de fusión o escisión la retroactividad será, a nuestro parecer, auténtica, pues a una situación ya concluida se le apareja una norma que se aprueba con posterioridad. Y para que sea tolerable un resultado retroactivo es necesario, como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional, que existan exigencias cualificadas del bien común, lo que no se han dado en las modificaciones hasta ahora producidas. Es más, no hay que olvidar que el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que las Administraciones Públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima». Una actuación conforme al principio de confianza legítima, que es lo que exige la Ley de Régimen Jurídico, debe llevar a entender aplicable, como mínimo, la norma vigente en el momento de la adopción del acuerdo, que es el punto de no retorno.

A la vista de los anteriores argumentos, entendemos que la interpretación de la DGT de determinar que las condiciones de aplicabilidad del régimen privilegiado de fusiones y escisiones, la vigente en la inscripción registral, es contraria a Derecho. Criterios de lógica, de respeto a la esencia del procedimiento mercantil y a la finalidad del régimen privilegiado tributario, criterios de coherencia, de igualdad, de respeto de la seguridad jurídica y de la confianza legítima abogan porque, como mínimo, la fecha que se tome en consideración sea la de adopción del acuerdo, que es el punto donde la situación es de no retorno y el momento cuando, en teoría, los administradores pueden informar de los graves inconvenientes que han aparecido y la junta general no aprobar el proyecto ⁷⁵. Creemos, incluso, que la interpretación de la DGT haría que la Ley 14/2000, en aquella parte referente a la entrada en vigor de la misma, pudiera ser inconstitucional por vulnerar el principio de seguridad jurídica ⁷⁶. Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar las normas de conformidad con la Constitución, y declarar tan sólo la derogación de aquellas cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (*vide*, por todas, STC 176/1999) ⁷⁷.

Es más, a nuestro parecer, un cumplimiento real del principio de seguridad jurídica, basado en la necesidad de conocer la norma desde el principio del proceso de reestructuración, aboga porque el régimen aplicable sea el fijado en el momento en el que se suscribe el proyecto de fusión o escisión, condicionado, naturalmente, a que el procedimiento termine en la inscripción en el Registro en los plazos legalmente estipulados ⁷⁸. Fijar la norma en el momento de la adopción del acuerdo, si bien sería respetuosa con los criterios jurídicos, tiene, a nuestro parecer, dos inconvenientes. En primer lugar, los costes económicos que implican para las entidades tener que reiniciar un nuevo proceso o, en su caso, los perjuicios económicos que se le hubieran causado si con la nueva ley no

⁷⁵ A esto hay que añadir que en caso de oscuridad en la norma la interpretación favorable al contribuyente se presenta como una exigencia de los principios constitucionales. Así, GOROSPE OVIEDO y HERERRA MOLINA (2001, págs. 141 y ss.) advierten que en esta interpretación se fundamenta tanto el principio de proporcionalidad (la limitación de los derechos fundamentales debe hacerse del modo que sea menos gravosos), como el de legalidad (no se puede imponer el cumplimiento de obligaciones que no tengan apoyo claro en la ley) y de buena fe (las Administraciones deberán adoptar un comportamiento leal en todo el procedimiento).

⁷⁶ La STC 150/1990 señala que si «*las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica*».

⁷⁷ Señala LARENZ (1994, pág. 338) que si «una interpretación, que no contraría los principios de la Constitución, es posible según los demás criterios de interpretación, ha de preferirse a cualquier otra en que la disposición hubiera de ser anti-constitucional. De ello se sigue, sin embargo, que, entre varias interpretaciones posibles según los demás criterios, siempre obtiene preferencia aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución. La «conformidad con la Constitución» es, por tanto, un criterio de interpretación». Se trata de la denominada «interpretación conforme a la Constitución», expresión con la que «se hace referencia –denota JIMÉNEZ CAMPO (1994, págs. 3.681-3.682)– al principio o máxima de hermenéutica según el cual de entre los varios entendimientos posibles de una regla de Derecho el intérprete ha de optar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales». No es, por tanto, un criterio de interpretación, sino *sobre* la interpretación que actúa como una *directiva de preferencia*.

⁷⁸ SÁNCHEZ PINO (2001, pág. 175) señala que si estamos de acuerdo con la necesidad de que los contribuyentes conozcan de forma previsible las consecuencias fiscales de los hechos u operaciones por él realizadas, lo primero que es exigible es que la norma se establezca con anterioridad a la realización del presupuesto de hecho cuyas consecuencias pretende regular.

fuera ya interesante la fusión o escisión. Y, en segundo lugar, los administradores de las entidades deberían conocer que durante el período de tiempo que va desde la suscripción del proyecto hasta que se toma el acuerdo se ha producido una modificación fiscal que les afecta, lo que en la realidad no sucederá en muchos casos, sobre todo en entidades medianas o pequeñas. Es más, en dicha tesitura, los administradores incurrirían en una responsabilidad innegable por incumplimiento de la ley, ya que el artículo 238.2 de la LSA dispone que «*Los administradores de las sociedades que se fusionan están obligados a informar a la junta general de su sociedad sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y de la reunión de a junta general*».

En cualquier caso, no podemos olvidar que nos encontramos ante un vacío normativo y que el culpable último del problema que hemos planteado es el legislador, que de manera pronta debería solventar esta cuestión. Ahora bien, ni este defecto legislativo ni otros que tiene el régimen de fusiones y escisiones puede ser integrado, como hace la DGT, santificando la inscripción registral ⁷⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ESPINOSA, F. J., [2002], «El proyecto de escisión de sociedades anónimas», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M., [1997], *Devengo del tributo y período impositivo*, Marcial Pons, Madrid.
- ANDREU MARTI, M. M., [2002], *Nulidad de la Fusión de Sociedades*, Aranzadi, Pamplona.

⁷⁹ El objeto de este trabajo se ha centrado en los efectos de la inscripción registral sobre la norma aplicable con relación a los requisitos para acogerse al régimen específico. Pero la vinculación de efectos a la inscripción sobrepasa esta cuestión, afectando a otras varias materias del régimen de privilegio de la reestructuración. Por ejemplo, al deber de declarar, pues se mantiene que incluso en aquellos casos donde las entidades hayan establecido una retroacción contable y la entidad no obtenga rentas, se entiende que el período impositivo termina con la inscripción de la escisión o fusión y tiene que declarar sin que existan rentas (Resolución de la DGT de 21 de julio de 1998, consulta núm. 1361-98, *Normacef Fiscal* NFC008351). O lo que sucede con el régimen de las rentas derivadas de la transmisión del patrimonio en el caso de que se renuncie al diferimiento (art. 84.2 del TRLIS); En este caso, las rentas puestas de manifiesto en la transmisión del patrimonio se integrarán en la base imponible correspondiente al período impositivo que concluye con la extinción de las mismas (Resolución de 24 de marzo de 1997, consulta núm. 0542-97). Es decir, será en la fecha de inscripción en el momento en que se entenderá producida la renta y no con la de efectos contables. O también en cuanto a la determinación del fondo de comercio deducible, que se realizará en función del valor teórico de la sociedad absorbida en el momento de inscripción de la operación de fusión en el Registro Mercantil correspondiente (Resolución de la DGT de 26 de diciembre de 2003, consulta núm. V0151-03, *Normacef Fiscal*, NFC019264). A nuestro juicio, sin embargo, el anudar todos estos efectos a la inscripción registral es, en muchos de los casos, equivocado, sobre todo porque el momento basilar de las fusiones y escisiones es el acuerdo de reestructuración, que es donde realmente las sociedades han perfeccionado su contrato. Pero estas cuestiones exceden del contenido de este trabajo.

- ANÍBARRO PÉREZ, S., [2003], «El principio de protección de la confianza legítima como límite al poder legislativo en materia tributaria», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 119.
- CERDÁ ALBERO, F., [1993], *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo blanch, Valencia.
- CORTÉS, L. J., y PÉREZ TROYA, A., [2002], «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., [2001], «La denominada "retroactividad contable" de la fusión. Un examen societario de un falso problema», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 239.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I. [2000], «La retroactividad de las normas tributarias en la reciente jurisprudencia», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, tomo II.
- GARCÍA CALVENTE, Y., [2001], «Las comunicaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 112.
- GARCÍA NOVOA, C., [2000], *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- [2001a], «Comentario al nuevo párrafo del artículo 97 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: el régimen de las escisiones societarias», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, tomo I.
- [2001b] «La modificación de la cláusula antiabuso del artículo 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54.
- GOROSPE OVIEDO, J. I., y HERERRA MOLINA, P. M., [2001], «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa», *Crónica Tributaria*, núm. 100.
- GUASCH MARTORELL, R., [1993], *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ CAMPO [1994], voz «Interpretación conforme a la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid.
- LARGO GIL, R., [2000], *La fusión de sociedades mercantiles (fase preliminar, proyecto de fusión e informes)*, 2.ª edición, Civitas, Madrid.
- [2002], «La modificación del proyecto de fusión por los socios», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid.
- LARENZ, K., [1966], *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción de Rodríguez Molinero, 1994, Ariel, Barcelona.
- LÓPEZ MELENDO, J., [2002], *La operación societaria de escisión y su régimen fiscal*, Comares, Granada.
- LÓPEZ-SANTACRUZ, J. A., [2004], *Fusiones*, Francis Lefebvre, Madrid.
- LOZANO SERRANO, C., [1998], *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Tecnos, Madrid.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G., [2003], *Fiscalidad de la escisión de sociedades anónimas*, Tesis doctoral, UNED, inédita (cedida por cortesía del autor).

- NAVARRO EGEA, M., [1997], *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. (La fusión y la escisión)*, Marcial Pons, Madrid.
- OLEO BANET, F., [1995], *La escisión de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid.
- PALAO TABOADA, C., [2002], «Los «motivos económicos válidos», en el régimen de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 235, Madrid.
- PÉREZ TROYA, A., [1998], *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*, Marcial Pons, Madrid.
- PIÑA GARRIDO, M. D., [1997], *El Devengo y el período impositivo en el sistema tributario español*, Colex-UAM, Madrid.
- SÁNCHEZ OLIVAN, J., [2004], *Fusión y escisión de sociedades*, Ed. Estudios Financieros, Madrid.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., [2004], *Forma y materia en Derecho financiero y tributario (Incumplimiento de obligaciones formales y pérdida de derechos sustanciales)*, Ed. Estudios Financieros, Madrid.
- SÁNCHEZ PINO, A. J., [2001], «Exigencias de la seguridad jurídica en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 109-110.
- SAINZ DE BUJANDA, F., [1963], *Hacienda y Derecho*, Tomo III, Instituto de Estudios Políticos.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., [1988], *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ceura, Madrid.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., [1993] «Fusión», en AA.VV., *Transformación, Fusión y Escisión*, Tomo VII de *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por SÁNCHEZ CALERO, Edersa, Madrid.