

TRIBUTACIÓN

**LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA
DE FUSIONES**

**Núm.
50/2005**

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid*

Extracto:

LA Directiva 2005/19/CE, recientemente publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, ha modificado la importante Directiva de fusiones, 90/434/CEE. En el presente artículo se examinan los antecedentes de esta disposición, se analiza su contenido y se indican las modificaciones que su entrada en vigor obligará a introducir en el Derecho español.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes.
 - 1. La propuesta de 1993.
 - 2. Los documentos comunitarios sobre la imposición de sociedades.
 - 3. La propuesta de 2003.
 - a) Elaboración de la propuesta.
 - b) Disposiciones no incorporadas al texto definitivo.
 - 1. Eliminación de la doble imposición.
 - 2. Acciones adquiridas en un canje con residentes en Estados no miembros de la Unión Europea.
- III. Análisis de la Directiva 2005/19/CE.
 - 1. Cuestiones a las que afecta la nueva Directiva.
 - 2. Ampliación del ámbito de la Directiva de fusiones.
 - a) Ampliación respecto a los tipos de entidades.
 - b) Ampliación respecto a las operaciones cubiertas.
 - 1. Escisión parcial.
 - 2. Traslado de domicilio social.
 - 3. Definición de canje de acciones.
 - 3. Tratamiento de las sociedades transparentes.
 - a) El problema.
 - b) Contenido del régimen.
 - 1. Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente.
 - 2. Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente.
 - 3. Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente considerada como transparente.
 - 4. «Filialización» de sucursal.
 - 5. Participación en la transmitente.
 - 6. Tratamiento del traslado del domicilio social.
- IV. Efectos de la nueva Directiva sobre el Derecho español.

NOTA: El presente trabajo está destinado al Libro-homenaje al Profesor José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA con motivo de su jubilación. Ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEC 2003-00696.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 4 de marzo ¹ se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, comúnmente conocida como «Directiva de fusiones». Culmina de este modo un largo proceso que comenzó poco tiempo después de la entrada en vigor de esta disposición. El presente trabajo tiene por objeto exponer dicho proceso y analizar el contenido de la nueva Directiva.

II. ANTECEDENTES

1. La propuesta de 1993.

La Directiva 90/434/CEE lleva fecha del 23 de julio de 1990, lo mismo que su compañera la 90/435/CEE, «Directiva matriz-filial». Hasta el año 2003, en que se aprobaron las Directivas sobre fiscalidad del ahorro y de los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas de diferentes Estados miembros ², estas dos fueron las únicas Directivas en materia de imposición directa. En ambas se dio de plazo a los Estados miembros hasta el 1 de enero de 1992 para su transposición al Derecho interno, que tuvo lugar en el Derecho español por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, sustituida luego, en lo que respecta a la materia de dichas Directivas, por la Ley del Impuesto de Sociedades 43/1995.

Ya en 1993 se inicia un movimiento hacia la modificación tanto de la Directiva de fusiones como de la Directiva matriz-filial. En efecto, el 26 de julio de ese año se presentan por la Comisión de las Comunidades Europeas sendas propuestas en este sentido ³. La finalidad principal persegui-

¹ Serie L, número 58, págs. 19 y sigs.

² Directivas 2003/48/CE y 2003/49/CE, respectivamente, ambas de 3 de junio de 2003.

³ Ambas propuestas están contenidas en el documento COM/93/293 final, de la fecha indicada.

da por ellas era la ampliación del ámbito de aplicación de ambas Directivas extendiéndolo a todas las entidades sujetas al Impuesto sobre sociedades. En efecto, ese ámbito alcanzaba únicamente a las sociedades de los tipos enumerados para cada Estado miembro en el anexo de las Directivas, que, en términos generales, eran las sociedades de capital; en lo que respecta a España, las anónimas, las comanditarias por acciones y las de responsabilidad limitada, a las que se añadían «las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado». Quedaban, pues, fuera del campo de aplicación de las Directivas las sociedades personalistas y otras figuras sin personalidad sujetas en muchos Estados miembros de la Unión Europea al Impuesto de Sociedades. Las exposiciones de motivos de las dos propuestas recuerdan las recomendaciones en este sentido del Informe Ruding. Aparte de lo anterior, la propuesta relativa a la Directiva de fusiones trataba de resolver cierto problema técnico de coordinación con la Directiva matriz-filial. Esta primera propuesta de modificación nunca llegó a ser aprobada y finalmente fue retirada formalmente por la Comisión ⁴. Sin embargo, como veremos, sus propuestas han sido recogidas en la modificación recientemente aprobada.

2. Los documentos comunitarios sobre la imposición de sociedades.

El origen inmediato de la Directiva 2005/19/CE es una propuesta de la Comisión del año 2003 ⁵. En su exposición de motivos se mencionan como antecedentes el estudio de la Comisión sobre la tributación de las sociedades en el mercado interior ⁶ y la comunicación de la Comisión sobre las medidas políticas a adoptar en relación con dicha imposición basada en el documento anterior ⁷.

La parte III del citado estudio trata de los obstáculos derivados de la imposición sobre las sociedades para la actividad económica transfronteriza en el mercado interior, y su capítulo 3 está dedicado a la tributación de las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial. En él se observa que aunque la Directiva de fusiones, 90/434/CEE, mejoró la situación, esta disposición no era totalmente satisfactoria y a pesar de ella dichas operaciones podían entrañar importantes costes fiscales. La eficacia de la Directiva está obstaculizada, en primer lugar, por la ausencia de una norma de Derecho de sociedades que regule las fusiones internacionales, al no haber sido aprobada la Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas ⁸ por motivos relativos a la participación de los trabajadores en la sociedad. En defecto de una norma de esta clase, algunas legislaciones nacionales no permiten la absorción o la escisión de sus sociedades en beneficio de otras extranjeras; en la actualidad, observa el estudio de 2001, sólo la aportación de activos o el canje de acciones es posible en todos los Estados miembros.

⁴ La retirada se llevó a cabo mediante la Comunicación de la Comisión de 10 de marzo de 2005, COM(2004)542 final/3, de 10 de marzo de 2005, curiosamente posterior a la aprobación de la Directiva 2005/19/CE.

⁵ COM(2003) 613 final, de 17 de octubre de 2003.

⁶ «Company Taxation in the Internal Market», SEC(2001) 1681.

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria», COM(2001) 582 final, de 23 de octubre de 2001.

⁸ El estudio cita la décima propuesta de Directiva sobre esta materia, COM(84) 727 final. Esta propuesta ha sido reemplazada por la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, COM(2003) 703 final, de 18 de noviembre de 2003, que tampoco ha sido aprobada aún.

Por otra parte, señala el estudio, el ámbito de la Directiva 90/434/CEE era demasiado estrecho, al no comprender a determinados tipos de sociedades pese a estar sujetos al impuesto de sociedades. Las negociaciones con el Consejo sobre la propuesta de modificación de 1993 llegaron a un punto muerto en 1997. El principal problema, según el estudio, era el planteado por las sociedades personalistas (*partnerships*) cuando se les aplica un régimen de transparencia por su legislación nacional, en cuyo caso una reorganización transfronteriza podría ocasionar una carga fiscal excesiva para los socios. Tampoco están cubiertas por la Directiva de fusiones las aportaciones realizadas por personas físicas.

Refiere también el estudio las dudas que se habían planteado en relación con la aplicación de la Directiva a la operación consistente en la conversión de una sucursal en una filial mediante la aportación a ésta de los activos de aquella («*subsidiarisation*» o «filialización»), en vista de que del artículo 4 de esa disposición se derivaba la exigencia de que los activos transferidos quedasen «efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente». El estudio señala otros casos en los que, por la misma razón de que falta un establecimiento permanente en el Estado de la sociedad transmitente, la operación no quedaba cubierta por la Directiva, como la transferencia de una cartera de clientes (fondo de comercio) o las fusiones y escisiones de sociedades holding ⁹.

Observa el estudio asimismo la existencia de disparidades entre las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva; en unos casos por haber adoptado normas de dudosa compatibilidad con ésta, en otros por falta de claridad de la propia Directiva. Como ejemplo de lo primero indica que al transponer la cláusula anti-abuso algunos Estados exigen que las acciones recibidas como consecuencia de una aportación o de un canje se mantengan en poder del adquirente durante un periodo de entre tres y siete años, por considerar que una transmisión rápida de dichas acciones podría constituir un abuso en el sentido del artículo 11 de la Directiva. El estudio recuerda a este respecto la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Leur-Bloem*, C-28/95, en el sentido de que la existencia del abuso debe determinarse caso por caso y no puede decidirse mediante la aplicación de criterios generales predeterminados.

También pueden ser contrarias a la Directiva, como indica el estudio, las normas internas que someten a imposición las plusvalías latentes en las acciones de la sociedad dominante adquiridas en un canje de valores con anterioridad a su enajenación. Esto sucede si se aplica el impuesto en el caso de que la sociedad dominante transmita las acciones de la dominada. Una norma de esta clase sería contraria al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 8 de la Directiva en su redacción originaria (por lo demás coincidente con el apartado 6 del mismo artículo en su nueva redacción), según el cual los Estados miembros pueden «gravar el beneficio resultante de la cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución [de los títulos de la dominante]».

⁹ El estudio observa también que «la transmisión de dinero entre sociedades del mismo grupo situadas en distintos Estados miembros a menudo no puede disfrutar de la exención de la tributación de las ganancias de capital, si bien es común que en el marco de esquemas de tributación de grupos en el interior de Estados miembros tales transferencias no den lugar a la imposición de ganancias de capital» (págs. 252 y sig.). Sin embargo, la naturaleza de esta clase de operaciones parece estar alejada de las que constituyen reorganizaciones empresariales.

Expone a continuación el estudio algunos problemas no resueltos por la Directiva. El primero es el de la doble imposición resultante del hecho de que la misma plusvalía está latente tanto en los elementos patrimoniales transmitidos como en los valores recibidos por la sociedad transmitente; o en los valores entregados y recibidos en el canje. Según los redactores del estudio, esta doble imposición no es contraria a la letra de la Directiva, aunque sí vulnera su espíritu y es inaceptable desde la perspectiva de un mercado interno. Ciertamente que los Derechos nacionales de los Estados miembros pueden establecer las disposiciones necesarias para eliminar esta doble imposición, como lo hace el Derecho español (especialmente por medio del art. 95 LIS). No obstante, la propuesta de la Comisión de modificación de la Directiva contenía, como veremos, normas destinadas a dicha eliminación, que finalmente no pasaron al texto de la Directiva 2005/19/CE.

Un segundo problema no resuelto por la Directiva, a juicio de los redactores del estudio, es el de la compensación de las pérdidas de la sociedad transmitente, en relación con el cual el artículo 6 de la Directiva (que no ha sido modificado en su fondo) remite al Derecho interno de los Estados miembros al disponer simplemente que éstos extenderán a las operaciones cubiertas por la Directiva las disposiciones aplicables a las operaciones que se realicen entre sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente. El estudio se queja de las restricciones que tal Derecho interno impone a la compensación y de los obstáculos que de ello se derivan para las operaciones de reorganización.

Además de las observaciones anteriores, relativas a la imposición sobre beneficios, que es el ámbito de la Directiva de fusiones, el estudio pone de manifiesto que con ocasión de las operaciones de reorganización pueden exigirse otros impuestos indirectos compatibles con el derecho de aportación (nuestro Impuesto sobre operaciones societarias) armonizado por la Directiva 69/335/CEE¹⁰, lo cual puede constituir un obstáculo relevante para dichas operaciones.

Apunta asimismo el estudio ciertos problemas resultantes de la conexión entre la Directiva de fusiones y la Directiva matriz-filial. El artículo 3.1, a) de ésta disponía en su redacción originaria que la calidad de sociedad matriz se reconociese a toda sociedad de un Estado miembro que, además de las restantes condiciones exigidas por la Directiva, posea en el capital de una sociedad de otro Estado

¹⁰ El estudio recuerda que desde 1986 se suprimió el derecho de aportación sobre las fusiones. Efectivamente, hasta ese año la Directiva 69/335/CEE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, permitía en su artículo 7 el gravamen de estas operaciones a un tipo reducido. Este artículo fue modificado por la Directiva 85/303/CEE para ordenar la exención de tales operaciones. El problema, no obstante, deriva, según el estudio, de la autorización que la Directiva 69/335/CEE concede a los Estados miembros para establecer impuestos sobre las transmisiones de bienes inmuebles o negocios –la versión española dice «fondos de comercio», pero se trata de una traducción inexacta de la palabra «businesses». Como indica el estudio, el TJCE declaró en su sentencia de 11 de diciembre de 1997, en el asunto *SIF*, C-42/96, que la Directiva 69/335/CEE no es aplicable a un impuesto que grava la plusvalía de un bien inmueble manifestada en el momento de la aportación de dicho bien a una sociedad de capital, dada la naturaleza directa de tal impuesto. Por el contrario, el artículo 12 de la Directiva permite la aplicación, con ocasión de la aportación de bienes inmuebles, de impuestos como el de registro, el impuesto hipotecario y el impuesto catastral, que gravan la transmisión o el cambio de titularidad, siempre que no sean superiores a los aplicables a las operaciones similares en el Estado miembro que los liquide. En nuestro Derecho, la doctrina de la Dirección General de Tributos considera que las transmisiones de inmuebles dentro de una fusión o escisión no están sujetas al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas al estarlo al Impuesto sobre operaciones societarias, aunque exentas de éste. La misma doctrina se aplica aunque se realice el supuesto del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Por otra parte, las operaciones a las que es aplicable el régimen especial están exentas del Impuesto sobre incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (D.A. 2.ª 3 de la LIS).

miembro que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25 por 100 ¹¹. El hecho de que para el cómputo de este porcentaje sólo se tenga en cuenta la participación directa ¹² puede disuadir de la realización de una operación si con ella no se alcanza el indicado límite, aunque el resto del capital pertenezca a otras sociedades del mismo grupo, o si la aportación ocasiona una dilución del capital que reduce la participación de otras sociedades del grupo por debajo de ese umbral.

Las medidas que propone el estudio respecto a las operaciones transfronterizas de reorganización ¹³ son, como es lógico, las que se deducen de las observaciones anteriores. Como veremos, algunas de estas medidas fueron aceptadas por la Comisión en su propuesta de 2003, y de éstas no todas se incorporaron finalmente a la Directiva 2005/19/CE.

En su comunicación titulada «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales», antes citada, la Comisión, haciéndose eco de las conclusiones del estudio en esta materia, afirma lo siguiente: «Las operaciones de reestructuración transfronterizas originan importantes cargas fiscales. La Directiva de fusiones (90/434) prevé el aplazamiento del impuesto sobre sociedades sobre tales operaciones pero su alcance es demasiado limitado y su aplicación es muy diferente en los distintos Estados miembros, lo cual reduce su eficacia. Los impuestos sobre plusvalías y los que gravan las transacciones en las operaciones de reestructuración transfronterizas son a menudo prohibitivamente altos, lo que obliga a las empresas a mantener estructuras económicamente subóptimas». Más adelante añade que «es evidente que las Directivas sobre sociedades matrices y filiales y sobre fusiones han desempeñado un papel importante en la eliminación de obstáculos fiscales para los grupos empresariales en la UE. La Comisión presentó propuestas de modificación de ambas Directivas en 1993 [COM(93)293]. El estudio [«Company Taxation in the Internal Market», SEC(2001) 1681] muestra que existen distintas maneras de ampliar y mejorar las Directivas a fin de abarcar una gama más amplia de empresas, impuestos y transacciones. En especial, el alcance de las Directivas debería incluir a todas las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades y especialmente a las empresas que se registrarán en el futuro por el Estatuto de la Sociedad Europea (*Societas Europaea* – SE)». En consecuencia, «la Comisión dará prioridad a la presentación de las modificaciones que deberán introducirse en las actuales propuestas de extensión de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales y en la Directiva sobre fusiones en 2003, tras realizar consultas técnicas con los Estados miembros a lo largo de 2002».

La exposición de motivos de la propuesta de 2003 cita también entre sus antecedentes la comunicación de la Comisión del año 2001 titulada «Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años» ¹⁴. En el apartado relativo al impuesto sobre sociedades (3.2.2) hace este documento una alusión a los problemas fiscales de las reorganizaciones empresariales. «Este tipo de reorganización suele ir acompañada de fusiones y adquisiciones transfronterizas, cuyo resultado, en

¹¹ La Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003, ha reducido el porcentaje de participación al 20 por 100, que se reducirá al 15 por 100 a partir del 1 de enero de 2007 y al 10 por 100 a partir del 1 de enero de 2009.

¹² Así se establece expresamente en el artículo 14.1, h) de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes.

¹³ Están expuestas en las páginas 345 y siguientes.

¹⁴ COM (2001) 260 final, de 23 de mayo de 2001.

este momento, es una combinación de un coste único con los impuestos corrientes. Otro elemento que tiene que intervenir al establecerse el régimen fiscal de las empresas europeas es el reciente acuerdo sobre el Estatuto de la Sociedad Europea. Habrá que modificar la actual legislación fiscal de la UE (y las propuestas de legislación) para incluir a las sociedades europeas».

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) fue aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001. El Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 aprobó el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

3. La propuesta de 2003.

a) Elaboración de la propuesta.

La propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE fue presentada al Consejo y remitida al Parlamento Europeo el 17 de octubre de 2003. El fundamento jurídico de la disposición propuesta se encuentra en el artículo 94 del Tratado de la Comunidad Europea, según el cual «el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». El procedimiento seguido para su elaboración fue, por consiguiente, el de consulta previsto en el artículo 192 del Tratado.

El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 25 de febrero de 2004¹⁵. El Comité «acoge positivamente las propuestas de modernización de [la] Directiva sobre fusiones que han sido formuladas por la Comisión Europea», si bien formula determinadas observaciones específicas. Así, sugiere generalizar la cláusula por la que toda nueva forma de sociedad establecida por un Estado miembro se añadiría automáticamente a la lista aneja a la Directiva. En segundo lugar afirma que la modernización de las Directivas de fusiones, sobre matrices y filiales y sobre intereses y cánones debe hacerse de manera concordante, tanto por lo que se refiere a la definición del ámbito de aplicación (lista de los tipos de sociedades que figura como anexos a las Directivas) como a los requisitos para poder beneficiarse del régimen fiscal (nivel de participación). Esta recomendación fue atendida en lo que respecta a las dos primeras Directivas.

Por otra parte, el Comité Económico y Social considera que la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a otros tipos de sociedades y a otras operaciones de reestructuración no es completa, y por tanto, satisfactoria, en la medida en que:

- no incluye a todos los tipos de impuestos a los que afectan las operaciones de reestructuración (en particular, los derechos de registro o los derechos de aportación),

¹⁵ DO C de 30 de abril de 2004, n.º 110, pág. 30.

- en caso de traslado del domicilio social, el régimen de diferimiento de la imposición queda limitado a las SE y las SCE, a pesar de que el TJCE reconoce en la sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, reconoce el derecho a la libertad de establecimiento y de localización del domicilio social para todas las formas de sociedad.

Finalmente, el Comité insiste en que debe garantizarse la plena neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración transfronteriza, en particular por lo que se refiere a la asunción de pérdidas y la conservación de provisiones y reservas.

El Parlamento Europeo emitió el 26 de febrero de 2004 dictamen favorable ¹⁶, limitándose a hacer algunas sugerencias técnicas tendentes a evitar abusos (periodo mínimo de tenencia de las acciones o de los activos de un año ampliable a dos) y evitar la doble imposición (autorización a los Estados a adoptar medidas).

El 25 de noviembre de 2004 el Grupo de Trabajo «Cuestiones Fiscales» (Fiscalidad Directa) del Consejo convino en el texto de la Directiva y el 7 de diciembre el Consejo «tomó nota del acuerdo político existente sobre el texto de la propuesta de la Directiva y sobre el de las declaraciones para el acta del Consejo». Finalmente, la aprobación formal del Consejo fue acordada en su sesión de 17 de febrero de 2005, número 2638.

b) Disposiciones no incorporadas al texto definitivo.

Como es de suponer, el texto definitivamente aprobado coincide en lo fundamental con el de la propuesta inicial de la Comisión; difiere, no obstante, de él en algunos puntos, que indicaremos al hilo del comentario de la Directiva. Vamos ahora a hacer referencia a los puntos de la propuesta que fueron completamente abandonados en el texto final.

1. Eliminación de la doble imposición.

El primero de ellos es el relativo a las normas destinadas a evitar la doble imposición. La propuesta inicial de la Comisión recogía la sugerencia del estudio de 2001 e incluía normas para eliminar la doble imposición en el caso de aportaciones de activos y canje de acciones (en la terminología de la versión española de la Directiva). Tales normas eran las siguientes:

- Respecto a las aportaciones de activos, se añadía un apartado 2 al artículo 9 del siguiente tenor: «Se atribuirá a los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos a cambio de la aportación de activos por la sociedad transmitente, el valor real que tuviesen los elementos de activo y de pasivo transferidos inmediatamente antes de la aportación de activos».

¹⁶ Documento A5/2004/121.

- Respecto al canje de acciones, la nueva redacción del artículo 8 incluía un apartado 10, con el siguiente texto: «En las operaciones de canje de acciones, la sociedad dominante valorará los títulos recibidos por el valor real de los títulos atribuidos a los socios de la sociedad dominada»¹⁷.

Estas disposiciones arrojan la carga de la eliminación de la doble imposición sobre el Estado de la sociedad transmitente en el caso de la aportación no dineraria o el de la sociedad dominante en el del canje de valores. La exposición de motivos de la propuesta sostiene que «es en el Estado miembro en el que está radicada la sociedad transmitente donde se plantea el problema de la doble imposición» (párrafo 26). Por otra parte, afirma dicha exposición que «los derechos de imposición de los Estados miembros no se verán afectados, dado que seguirá siendo posible gravar las rentas o las plusvalías que se deriven de los activos afectados al establecimiento permanente, que permanecerá bajo la competencia fiscal del mismo Estado miembro». Análoga justificación aduce la exposición de motivos (párrafo 29) con relación al canje de valores: «Los derechos de imposición de los Estados miembros no se verán comprometidos, dado que los socios tributarán por la plusvalía diferida».

Ahora bien, este razonamiento se basa en el presupuesto de que seguirá habiendo un establecimiento permanente en el Estado de la sociedad transmitente o que la plusvalía de las acciones de la sociedad dominante poseídas por los socios que acudieron al canje sigue estando sometida al poder tributario del Estado de dicha sociedad. Pero este presupuesto no necesariamente se cumple: el establecimiento transmitido puede estar situado en un Estado distinto del de la entidad transmitente, supuesto expresamente previsto en el artículo 10 de la Directiva. Este Estado puede ser incluso el de la sociedad adquirente (supuesto de la «filialización» de una sucursal, expresamente contemplado por la nueva Directiva 2005/19/CE). De igual manera, la plusvalía de las acciones recibidas por los socios de la dominante se sustraen a la imposición del Estado de ésta cuando son residentes en otro Estado y entre ambos Estados está en vigor un convenio de doble imposición ajustado al modelo de la OCDE, que, salvo excepciones, atribuye el poder de gravar las ganancias de capital al Estado de la residencia del perceptor (art. 13.5).

¹⁷ La exposición de motivos de la propuesta (párrafo 29) sitúa esta norma en un nuevo párrafo del apartado 2 del artículo 8. Seguramente esta referencia corresponde a una redacción anterior de la propuesta que no fue corregida al modificarse ésta.

El nuevo artículo 8 comprendía además otro apartado 11 que decía así: «Cuando la sociedad dominante sea titular de acciones propias y las transfiera mediante canje, los Estados miembros podrán optar por la inaplicación del apartado 10 y computar las rentas, los beneficios o las plusvalías resultantes, en su caso, de la ulterior cesión de los títulos recibidos, en función del valor que las mencionadas acciones transferidas tuviesen inmediatamente antes del canje». El comentario a esta norma de la propuesta de Directiva (y en términos muy parecidos el párrafo 30 de la exposición de motivos) afirma que «se refiere a aquellos casos en que la sociedad dominante es titular de acciones propias y, en lugar de incrementar su capital escriturado, decide transferirlas, mediante canje, a los socios de la sociedad dominada. En este supuesto, suele registrarse una diferencia entre el valor de las acciones propias que la sociedad posee y el valor real de las mismas en el momento del canje. Los Estados miembros pueden gravar la plusvalía, si bien, con arreglo al principio de neutralidad fiscal, ésta debería gravarse en el momento de la ulterior cesión de los títulos canjeados. A tal fin, la sociedad dominante atribuirá a los títulos recibidos el valor que tuvieran las acciones propias canjeadas inmediatamente antes del canje». En el Derecho español esta plusvalía de las acciones propias no es gravada ni en sede de la sociedad dominante ni en sede de los socios, ya que los valores recibidos tanto por aquélla como por éstos se valoran por el valor que tenían los entregados por los socios (art. 87, apartados 2 y 3 de la LIS).

En vista de estas consideraciones, resulta arbitraria la afirmación de la propuesta de Directiva de que la eliminación de la doble imposición es únicamente de la incumbencia del Estado de la sociedad transmitente. El principio general del Derecho tributario internacional es, por el contrario, que la eliminación de la doble imposición corresponde al Estado de la residencia del perceptor de las rentas. Éste es el principio del que parten las normas internas generales para evitar la doble imposición, a las que remite el artículo 95 de la LIS, que se limita a suprimir ciertas restricciones a su aplicación. Seguramente han sido consideraciones del tipo de las anteriores las que finalmente indujeron a no incluir las normas propuestas en el texto final de la Directiva.

2. Acciones adquiridas en un canje con residentes en Estados no miembros de la Unión Europea.

El artículo 8 de la Directiva, en la redacción dada por la propuesta de la Comisión, contenía un último apartado 12 que disponía lo siguiente: «El hecho de que una sociedad adquiera una participación en la sociedad dominada, a socios con residencia fiscal en un Estado no perteneciente a la Comunidad, no será obstáculo para que se le concedan las ventajas fiscales previstas en el presente artículo». El comentario de la propuesta es el siguiente: «Se añade un nuevo apartado 12, referente a los canjes de acciones en los que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada proceden de socios que no son residentes fiscales en un Estado miembro de la Unión Europea. El objeto de esta nueva disposición es especificar que el ámbito de aplicación de la Directiva engloba las citadas operaciones. Las ventajas de la Directiva se hacen, por tanto, extensivas a los sujetos pasivos considerados que estén contemplados en la misma». Es decir, el referido precepto tenía una finalidad aclaratoria¹⁸.

Aunque este apartado no pasó a la redacción definitiva, entre las declaraciones para el acta del Consejo¹⁹ figura la siguiente²⁰: «El Consejo y la Comisión convienen en que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no priva a los socios residentes en los Estados miembros de los beneficios de la Directiva en caso de que la participación mayoritaria se adquiera de residentes en la Comunidad y de residentes de terceros países».

III. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2005/19/CE

1. Cuestiones a las que afecta la nueva Directiva.

Las modificaciones introducidas en la Directiva de fusiones por la Directiva 2005/19/CE se refieren a las siguientes cuestiones:

¹⁸ La versión en lengua inglesa utiliza el verbo «clarify».

¹⁹ El artículo 13 del Reglamento interno del Consejo (Decisión del Consejo de 5 de junio de 2000) prevé que en el acta de cada sesión de este órgano figuren «las declaraciones efectuadas por el Consejo y aquellas cuya inclusión haya solicitado un miembro del Consejo o la Comisión».

²⁰ Documento 15341/04 FISC 251, Anexo 2.

- Ampliación del ámbito de aplicación,
- Tratamiento de las sociedades transparentes,
- «Filialización» de sucursales,
- Participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente, y
- Tratamiento del traslado del domicilio social de una SE o una SCE.

2. Ampliación del ámbito de la Directiva de fusiones.

La Directiva 2005/19/CE amplía el ámbito de la 90/434/CEE en dos dimensiones:

- respecto a los tipos de entidades, y
- respecto a las operaciones cubiertas.

a) Ampliación respecto a los tipos de entidades.

Como hemos visto, la primera deficiencia que desde el principio se ha venido achacando a la Directiva de fusiones es que no abarcaba a todas las entidades sujetas al impuesto de sociedades en los Estados miembros. La propuesta de modificación de 1993 trató de resolver este problema de manera radical, mediante la supresión del primero de los tres requisitos que, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE, debe reunir una sociedad para estar comprendida en su ámbito, a saber, revestir una de las formas enumeradas en el anexo. Por tanto, tales requisitos quedaban reducidos a los dos siguientes:

- que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición celebrado con un Estado tercero, no se considere domiciliada a efectos fiscales fuera de la Comunidad; y
- que, además, esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos sobre sociedades de los Estados miembros, enumerados por la norma, «o a un impuesto idéntico o básicamente similar a uno de estos impuestos y que, posteriormente, se recaude además o en lugar del mismo».

En consecuencia, desaparecía el anexo con su enumeración de los tipos de sociedades abarcados por la Directiva.

La nueva Directiva renuncia a una solución general como ésta y opta por una ampliación de la lista del anexo mediante la adición de nuevos tipos concretos de entidades a la relación de cada Estado miembro. El resultado es un repertorio muy heterogéneo y difícil de reducir a unas pocas categorías generales. Es interesante advertir la inclusión de sociedades colectivas y comanditarias simples (Bélgica), ciertas sociedades civiles (Francia), mutuas de seguros (Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo), cooperativas (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos). La inclusión de estos nuevos tipos de sociedades contrasta con la limitación general del anexo anterior a las sociedades de capitales.

Varias relaciones nacionales se cierran con una referencia muy amplia a otros tipos de sociedades constituidos con arreglo al respectivo Derecho y sujetas al impuesto de sociedades (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos). Fórmulas muy generales son las de Italia («...y las entidades públicas y privadas cuya actividad sea íntegra o principalmente de carácter comercial»), Luxemburgo («...y otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho luxemburgués y sujetas al impuesto de sociedades luxemburgués»), Holanda (análoga a la anterior), Portugal («las sociedades mercantiles o las sociedades civiles con forma mercantil, así como otras personas jurídicas que ejerzan actividades comerciales o industriales, que estén constituidas de conformidad con el Derecho portugués», fórmula igual a la de la versión anterior del anexo) y, sobre todo, la del Reino Unido («las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido», ya en la versión anterior), adoptada también por Lituania, modelo de sencillez y amplitud.

Es de señalar que la lista española permanece intacta: continúa incluyendo únicamente a la sociedad anónima, la comanditaria por acciones, la de responsabilidad limitada y «las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado». Lo restrictivo de esta enumeración contrasta con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial de las reorganizaciones empresariales, que comprende no sólo a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades aunque no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil (art. 83.6 LIS), sino incluso a personas físicas por el cauce de las llamadas aportaciones no dinerarias especiales del artículo 94 de la LIS.

Podría pensarse que el motivo de esta actitud restrictiva es poner límites a la renuncia recaudatoria que le viene impuesta por la Directiva al Estado español, al tener que aplicar el régimen a las transmisiones de establecimientos permanentes situados en otros Estados de la Unión Europea a favor de sociedades asimismo residentes en otro de estos Estados (art. 10 de la Directiva y art. 84.1, d) de la LIS), obligación que está sujeta al requisito de que la sociedad adquirente caiga dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y, por tanto, revista una de las formas previstas en el anexo de ésta. Obsérvese, sin embargo, que las formas societarias relevantes a estos efectos son las correspondientes al Estado de la sociedad adquirente; cuanto más comprensiva sea la lista de estas formas tanto más extensa será la obligación del Estado español de aplicar el régimen a las transferencias realizadas por sus sociedades residentes. Así, por ejemplo, España deberá renunciar a integrar en la base imponible del Impuesto de Sociedades las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la aportación de una sucursal situada en Italia a favor de una sociedad civil francesa, si ésta se halla sujeta al Impuesto de Sociedades. En el caso inverso (p. ej., aportante sociedad francesa y adquirente sociedad mercantil colectiva española) semejante obligación no surgiría para el Estado francés en vista de la lista española del anexo de la Directiva. Por tanto, la restricción de esta lista opera en contra de los intereses fiscales españoles.

Las relaciones correspondientes a los distintos Estados miembros se completan con la inclusión con carácter general de las sociedades constituidas al amparo del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y de las sociedades cooperativas constituidas al amparo del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) (letra a del anexo).

b) Ampliación respecto a las operaciones cubiertas.

Son dos las operaciones que se incluyen expresamente en la Directiva: la escisión parcial y el cambio de domicilio de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Por otra parte, se retoca, en sentido expansivo la definición de canje de acciones.

1. Escisión parcial.

La redacción originaria de la Directiva no contemplaba la escisión parcial, lo cual ciertamente no impidió que esta operación, regulada en las normas mercantiles, fuese incluida en el Derecho español entre aquellas a las que es aplicable el régimen especial. Podía entenderse comprendida dentro de la aportación de activos (art. 2, c de la Directiva), si se admitía que la entidad aportante podía distribuir los títulos recibidos de la beneficiaria entre sus socios ²¹.

La Directiva 2005/19/CE inserta la definición de escisión parcial en una nueva letra b) *bis* del artículo 2 en los siguientes términos: «la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad».

Esta definición coincide sustancialmente, como no podía ser de otro modo, con la contenida en el artículo 83.2, 1.º, b) de la LIS, que se ajusta básicamente a la del artículo 252 de la Ley de Sociedades Anónimas. Añade, sin embargo, la nota de que el patrimonio restante de la sociedad transmitente debe formar al menos una rama de actividad, requisito que interesa no sólo al Derecho tributario sino también al mercantil, en el que existe un vacío en este punto ²².

²¹ Es curioso que en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen tributario de las fusiones de empresas, precedente inmediato de las leyes que transpusieron la Directiva 90/434/CEE, la situación era la inversa: no se preveía en ella la aportación de rama de actividad, pero ésta tenía cabida en la escisión parcial, respecto de la cual disponía que la sociedad escindida podía mantener las acciones recibidas en su activo o entregarlas a sus socios o partícipes, en cuyo caso debían reducir el capital en la cuantía precisa (art. 15.1, b).

²² Cfr: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Escisión (artículos 252 a 259)», T. IX, Vol. 3.º, de URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 81 y sig.

La nueva definición de escisión parcial hace quizá más problemática de lo que ya lo era ²³ la figura de la llamada «escisión financiera» del artículo 83.2, 1.º, c) de la LIS, que desde luego no tiene encaje en ella.

La introducción de la escisión parcial ha hecho necesarios algunos retoques en varios artículos de la Directiva, que, en lo demás no han sido modificados, como el 4.1; el 6; el 8.1 y 2; el 10.2 ²⁴ y el 11.

2. Traslado de domicilio social.

La nueva Directiva crea un nuevo tipo de operación, el traslado de domicilio social, que define como «la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica». Tales efectos no se producen por imperativo de los Estatutos de estas formas de sociedad. Éstos regulan en sus artículos 8 y 7 respectivamente esta operación, que equivale, en cierto modo, a una transformación de la sociedad. La Directiva se propone aplicarle un régimen de neutralidad para lo cual establece reglas especiales que comentaremos más adelante.

3. Definición de canje de acciones.

La Directiva 2005/19/CE modifica la definición de canje de acciones contenida en el artículo 2, letra d) de la Directiva 90/434/CEE, que queda formulada en los siguientes términos: «la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad o, si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad». La modificación, consistente en la inserción de la frase en cursiva, no figuraba en la propuesta de la Comisión. El preámbulo de la Directiva 2005/19/CE, párrafo 15, la justifica del siguiente modo: «La actual definición de "canje de acciones" del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434/CEE no establece si el término abarca otras adquisiciones subsiguientes además de la que garantiza una mayoría simple de los derechos de voto. No es inusual que los estatutos y las normas de votación de una sociedad estén elaborados de tal modo que sean necesarias adquisiciones subsiguientes para que el adquirente pueda obtener el control completo de la sociedad. La definición de "canje de acciones" debería modificarse, por lo tanto, para establecer que el término abarca todas las adquisiciones subsiguientes».

La interpretación administrativa del artículo 83.5 de la LIS, que reproduce literalmente la disposición de la Directiva, es contraria a la calificación como canje de valores a las adquisiciones posteriores a aquella mediante la cual se adquiere la mayoría de voto ²⁵.

²³ Cfr. SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *Fusión y escisión de sociedades*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, págs. 461 y sig.

²⁴ Véase, no obstante, *infra*, nota 37.

²⁵ DGT 2-9-2003 (1144-03).

3. Tratamiento de las sociedades transparentes.

a) El problema.

La extensión del ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones a nuevos tipos de sociedades traslada a esta materia un viejo problema del Derecho tributario internacional: el que deriva del hecho de que determinados tipos de sociedad –especialmente las sociedades personalistas, *partnerships* en el Derecho anglosajón– son tratados por algunos ordenamientos tributarios (en general los de los países románicos) como personas jurídicas distintas de sus socios y, por tanto, como sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, mientras que en otros ordenamientos tributarios (los de los países anglosajones y germánicos) sus rentas se imputan a los socios, que son los deudores del impuesto correspondiente; es decir, se las trata como entidades fiscalmente «transparentes». Este problema, o conjunto de problemas, no se había planteado hasta ahora en relación con la Directiva de fusiones, al estar limitado su ámbito de aplicación a las sociedades de capitales, siempre tratadas como sujetos independientes por razón del tipo societario; otra cosa es que ciertas sociedades, con independencia de su forma, sean tratadas como transparentes, como sucedía hasta 2003 en el Derecho español con las sociedades sujetas al régimen de transparencia fiscal y en la actualidad con las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas.

El caso principal que han tenido presente los redactores de la Directiva 2005/19/CE es aquel en que la sociedad transmitente residente en un Estado miembro es tratada como transparente por otro Estado miembro, el cual podría, en consecuencia, gravar a los socios residentes en su territorio por la parte de las rentas de la sociedad que les sean imputadas. La finalidad de las nuevas normas es precisamente diferir esta imposición ²⁶.

El problema es análogo al planteado por las sociedades personalistas en la aplicación de los convenios de doble imposición cuando el Estado de la residencia de la sociedad la considere fiscalmente transparente y, por tanto, al no estar sujeta ilimitadamente a imposición en dicho Estado, no es residente en él, de acuerdo con el artículo 4.1 del Modelo de Convenio de la OCDE, por lo que, según el artículo 1, no puede acogerse al convenio. En el caso de la Directiva de fusiones, la transparencia fiscal hacía que la sociedad transmitente no estuviese sujeta como tal a la imposición del Estado de su residencia y, en la medida en que alguno de sus socios residiesen en otro Estado, sustraía la parte de éste en las rentas sociales al poder tributario del primer Estado, haciendo imposible la aplicación por él del diferimiento.

La solución es también similar. Para los convenios de doble imposición consiste en traspasar a los socios de la sociedad personalista la condición de persona legitimada para acogerse al convenio entre el Estado de su residencia y el de la fuente de las rentas ²⁷. Para la Directiva de fusiones la

²⁶ Cfr: la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, párrafos 21 y 22 y el párrafo 1 de los comentarios al apartado 4 del artículo 1 de la propuesta.

²⁷ La indicada solución se recoge en el párrafo 5 del comentario al artículo 1 del Modelo de Convenio, cuya redacción fue modificada en la actualización de éste del año 2000, sobre la base del informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE de 1999 titulado «The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships».

solución consiste en extender el régimen de diferimiento a las rentas de los socios no residentes en el Estado de la sociedad transmitente (art. 4.2 de la Directiva modificada). En el caso de que también este Estado considere transparente a la entidad transmitente, habría que entender que la obligación de diferir el gravamen de las rentas imputadas a los socios residentes en él se deriva de la norma general del apartado 1 del mismo artículo 4 de la Directiva.

Es de notar el concepto de sociedad transparente adoptado por la Directiva: la consideración de transparente a efectos fiscales tiene que ser otorgada por el Estado miembro a la sociedad transmitente no residente «en virtud de una evaluación por dicho Estado de las características jurídicas de dicha sociedad, según determine la ley con arreglo a la cual se haya constituido» (arts. 4.2; 8.3; 10 *bis*.1, 3 y 4 de la Directiva modificada). La frase transcrita no es un modelo de claridad, y tampoco es precisamente diáfana la explicación que da de ella el comentario de la propuesta de Directiva²⁸, que dice así: «Este nuevo apartado define tales sujetos pasivos como sociedades fiscalmente transparentes en virtud de las disposiciones del Derecho civil aplicables a la organización de sociedades mercantiles. Son éstos los criterios que los Estados miembros aplican a la hora de determinar si debe otorgarse a una sociedad la consideración de transparente a efectos fiscales. El texto propuesto evita toda referencia a sociedades consideradas fiscalmente transparentes por un Estado miembro en razón del régimen fiscal que les es aplicable en su Estado de residencia».

El sentido de la definición de la Directiva es, a nuestro juicio, el siguiente: para determinar si una sociedad es o no «transparente» a estos efectos hay que analizar, en primer lugar, los elementos de la sociedad en cuestión tal como se establecen por el Derecho que rige ese tipo de sociedad en el Estado en el que se ha constituido (mejor que «organizado», que es un anglicismo), para, en un segundo momento, compararlos con los tipos de sociedad del Derecho propio del Estado que realiza la calificación y determinar en cuál de estos tipos encaja la sociedad extranjera. Ésta será calificada como «transparente» en el sentido de la Directiva si lo es el tipo homólogo del Estado calificador. Este proceso lógico prescinde, como advierte el comentario de la propuesta, del régimen fiscal aplicable al tipo societario de que se trate en su Estado de residencia, lo cual significa que no será obligatorio para un Estado miembro aplicar el nuevo régimen de las sociedades transparentes cuando el régimen de transparencia se base en características de la sociedad distintas de su forma social, como sucedía en el Derecho español con las antiguas sociedades transparentes (sociedades de cartera y de mera tenencia de bienes) y hoy con las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas. Ello no impide, sin embargo, que los Estados miembros extiendan voluntariamente dicho régimen a estos supuestos.

El proceso descrito consiste en la subsunción de figuras extranjeras en el Derecho interno²⁹ y no es en absoluto desconocido para la Administración española en materia de reorganizaciones empresariales³⁰. Desde la perspectiva del Derecho español, el campo de aplicación de las normas

²⁸ Comentario al apartado 4 del artículo 1, párrafo 2.

²⁹ Acerca de esta operación y su distinción con el problema de la calificación, véase VOGEL/LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar*, 4.ª ed., 2003, introducción, n.m. 153 y art. 1, n.m. 18.

³⁰ La DGT lo lleva a cabo con naturalidad a efectos de determinar si operaciones realizadas al amparo de legislaciones extranjeras tienen cabida en aquellas que con arreglo al Derecho español pueden acogerse al régimen especial. Véanse las consultas de 1-6-1994 (NFC002035), escisión; 20-5-1998 (845-98, NFC007595), fusión de dos sociedades residentes en el extranjero; 4-9-2000 (V76-00, NFC011686), operación realizada con arreglo al Derecho irlandés, calificada como cesión global de activos y pasivos; 6-9-2000 (1481-00, NFC011956), operación realizada al amparo del Derecho del Reino Unido, calificada como escisión.

de la Directiva de fusiones sobre sociedades transparentes parece sumamente reducido, si es que existe, ya que el único tipo de sociedad al que, según ese Derecho, es aplicable un régimen de transparencia (y hay que aceptar que el de «atribución de rentas» del artículo 6 de la LIS es un régimen de esta clase) sería la sociedad civil, que, hasta donde resulta inteligible la lista del anexo de la Directiva, tiene muy escasas figuras que encajen en su tipo ³¹.

b) Contenido del régimen.

El régimen de las sociedades transparentes en la nueva Directiva consta de los siguientes elementos:

- Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente. La Directiva establece un régimen normal y uno alternativo.
- Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente.
- Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente transparente.

1. Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente

a. Régimen normal.

La nueva Directiva extiende a los socios de las sociedades transparentes el diferimiento de las rentas de éstas que les son imputadas. Como hemos visto más atrás, ésta es la pieza fundamental del nuevo régimen de las sociedades transparentes en este ámbito. La norma correspondiente está contenida en el artículo 4.2 en la nueva redacción, de acuerdo con la cual cuando sea de aplicación el régimen de la Directiva a una fusión o una escisión total o parcial «y un Estado miembro otorgue a una sociedad transmitente no residente la consideración de transparente a efectos fiscales... y someta, por tanto, a gravamen a los socios por su participación en los beneficios de la sociedad transmitente, en el momento en que éstos se perciban, dicho Estado no gravará en modo alguno las rentas, los beneficios o las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal».

La aplicación a los socios del régimen de diferimiento se sujeta a la condición de que las rentas cuya tributación se ha diferido sigan latentes en el patrimonio de la sociedad adquirente, requisito fundamental en el sistema de la Directiva exigible también en este supuesto (art. 4.3). Dichas

³¹ La relación de las sociedades francesas incluye a las «sociétés civiles», pero «sometidas automáticamente al impuesto de sociedades». La fórmula del Reino Unido, «sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido» («companies incorporated under the law of the United Kingdom») excluye a los *partnerships*, que serían el tipo comparable a la sociedad civil. La misma fórmula se utiliza para Lituania.

rentas serán gravadas con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales adquiridos por la sociedad beneficiaria, sea en sede de ésta sea en la de los socios si esta sociedad tuviese el tratamiento de transparente.

b. Régimen alternativo.

Los apartados 1 y 2 del artículo 10 *bis* de la Directiva modificada³² permiten a los Estados miembros optar por un tratamiento alternativo de las rentas de las sociedades transparentes imputadas a los socios. El Estado miembro, dice el apartado 1, «podrá no aplicar las disposiciones de la presente Directiva al gravar a las personas que posean una participación directa o indirecta en dicha sociedad [considerada como transparente] con respecto a las rentas, los beneficios y las plusvalías procedentes de la misma».

El apartado 2 dispone que «el Estado miembro que ejerza el derecho mencionado en el apartado 1 deberá admitir la deducción del impuesto que, de no existir las disposiciones de la presente Directiva, se hubiera aplicado a la sociedad considerada transparente a efectos fiscales, por sus rentas, beneficios o plusvalías, del mismo modo y por el mismo importe por el que dicho Estado lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado».

Se trata, por tanto, de sustituir el método ordinario de exención (no integración) de las rentas por el de imputación. El importe del crédito de impuesto suscita algunas dudas, teniendo en cuenta que, al no ser residente la sociedad, no está sujeta al impuesto sobre sociedades del Estado de residencia del socio, ni obtiene renta en él sujeta por obligación real. En consecuencia, hay que entender, en nuestra opinión, que la base de cálculo del crédito es la renta imputada al socio y sometida a imposición en el Estado de la residencia de éste. En cuanto al tipo de gravamen, pensamos que es el del impuesto de sociedades, no el correspondiente a la imposición sobre las rentas de no residentes, pues sólo aquel tipo permite neutralizar totalmente el impuesto sobre el socio (si éste es una persona jurídica).

2. Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente

La neutralidad fiscal de las operaciones de reorganización exige el diferimiento de la imposición no sólo de las rentas puestas de manifiesto en la sociedad transmitente, sino también de las que afloran en el canje de las participaciones de los socios de ésta por participaciones en la sociedad adquirente (en el Derecho español, art. 88 de la LIS). En el canje de valores el diferimiento de estas rentas es obviamente el que pasa al primer plano (art. 87.1 de la LIS). Pues bien, la nueva Directiva extiende el régimen de diferimiento al supuesto de que el socio que efectúa el canje sea considera-

³² Este artículo, que no estaba incluido en la propuesta de la Comisión, forma el contenido del nuevo Título IV *bis* de la Directiva, que lleva la rúbrica «Caso particular de las entidades transparentes», que no refleja su contenido. Éste lo forman, además de los dos apartados en los que se regula el régimen alternativo que ahora comentamos, otros dos apartados 3 y 4, en el que se contienen las normas sobre las sociedades beneficiarias no residentes a las que más adelante nos referiremos. Hubiera sido más exacto traducir el título de la versión inglesa («Special case of transparent entities») como «Caso especial de entidades transparentes», sin el artículo «las». Tal como ha quedado sugiere que en él se regula el tratamiento de estas sociedades, lo cual, como sabemos, no es cierto.

do como transparente, en los términos antes expuestos, por un Estado miembro distinto del de su residencia, el cual podría, en consecuencia, gravar dichas rentas en sede de los socios del que efectúa el canje residentes en su territorio.

La norma pertinente está contenida en el apartado 3 del artículo 8, con arreglo al cual «cuando un Estado miembro otorgue a un socio la condición de transparente a efectos fiscales... y someta, por tanto, a gravamen a las personas que posean un interés en dicho socio por su participación en los beneficios del socio, en el momento en que éstos se perciban, dicho Estado no exigirá tributación a las referidas personas por las rentas, los beneficios o las plusvalías que se deriven de la atribución al socio de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante».

El diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en el canje (incluidas las imputadas al socio del socio transparente) está condicionado, como es lógico, al posterior gravamen de dichas rentas, lo cual requiere que no se atribuya a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tenían inmediatamente antes de la operación los de la sociedad transmitente entregados (art. 8.4). En el supuesto de escisión parcial, no previsto anteriormente por la Directiva 90/434/CEE, el socio conserva una participación en la sociedad escindida, a la que se añade la participación en la sociedad o sociedades beneficiarias y, por tanto, el valor fiscal de la anterior participación en la escindida debe repartirse entre la participación en esta sociedad posterior a la operación y la nueva participación en la beneficiaria o beneficiarias. Este reparto puede hacerse con arreglo a diversos criterios ³³. La Directiva modificada establece la regla de que el socio no puede atribuir «al total agregado de los títulos recibidos y los que posea en la sociedad transmitente un valor fiscal más elevado que el que tuviesen inmediatamente antes de la escisión parcial los poseídos en la sociedad transmitente» (art. 8.5).

3. Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente considerada como transparente

Los apartados 3 y 4 del artículo 10 *bis* de la Directiva modificada, que no figuraban en la propuesta de la Comisión ³⁴, contienen sendas autorizaciones a los Estados miembros para adoptar medidas con relación a sociedades adquirentes no residentes ³⁵ que éstos consideren como transparentes, en el sentido de la Directiva expuesto más atrás:

1.^a La primera de dichas autorizaciones permite a los Estados miembros no aplicar las disposiciones del artículo 8, apartados 1, 2 y 3. Como se recordará, estos preceptos ordenan la no integración de las rentas de los socios puestas de manifiesto por el canje de sus participaciones en la

³³ Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *Fusiones 2005-2006*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2004, nn.mm. 2.617 y sigs.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁵ Ambos apartados se refieren a sociedades no residentes. Sin embargo, la traducción española de la Directiva 2005/19/CE omite increíblemente esta característica en el apartado 4, que sí figura en la versión en lengua inglesa.

sociedad transmitente (o dominada, en el canje de acciones) por títulos de la sociedad beneficiaria (o dominante) con ocasión de una fusión, una escisión (total) o un canje de acciones (apartado 1); o con motivo de una escisión parcial (apartado 2); incluidas las rentas imputadas a los partícipes en socios transparentes (apartado 3).

Por consiguiente, el Estado miembro que se acoja a esta posibilidad gravará dichas rentas, las cuales son reflejo de las plusvalías implícitas en el patrimonio aportado. En el sistema ordinario de la Directiva, estas rentas serán gravadas en sede de la entidad adquirente cuando ésta realice tales plusvalías, pero si ésta es considerada transparente por el Estado de residencia de alguno de sus socios, éste pretenderá someter a imposición dicha renta en sede de los socios residentes. Pues bien, el resultado de la opción prevista en la norma comentada es el adelantamiento de la imposición de tales rentas al momento de su realización por el socio. De este modo el Estado de la residencia de éste se asegura la recaudación de su impuesto ³⁶, si bien a costa de una cierta quiebra de la neutralidad fiscal de la operación.

Obsérvese que la Directiva se refiere en este apartado a «una sociedad beneficiaria o dominante», lo que significa que esta autorización se refiere tanto a las operaciones de fusión, escisión (no a la aportación de activos, en la que no intervienen los socios de la aportante) como al canje de acciones, que son también las operaciones contempladas en el artículo 8.

2.^a El apartado 4 del artículo 10 *bis* autoriza a los Estados miembros a aplicar a las personas que posean una participación directa o indirecta en una sociedad beneficiaria no residente que el Estado de que se trate considere fiscalmente transparente, en el sentido de la Directiva, «el mismo trato fiscal que aplicaría si la compañía beneficiaria residiera en dicho Estado miembro».

A nuestro entender, esta norma es alternativa de la del apartado 3; es decir, el Estado miembro que trate a una entidad no residente como transparente puede elegir entre gravar las rentas puestas de manifiesto en una reorganización en sede de los socios, en el momento en que la operación se lleva a cabo, o esperar a que dichas rentas se realicen por la sociedad beneficiaria, e imputarlas entonces a los socios con arreglo a su Derecho interno en materia de transparencia fiscal.

Nótese que, a diferencia del apartado 3, el 4 se refiere solamente a sociedades beneficiarias, lo cual excluye del ámbito de aplicación de esta norma a las operaciones de canje de acciones.

³⁶ Sin embargo, el mecanismo previsto por la norma de la Directiva da lugar a un exceso o un defecto de imposición en función del porcentaje de participación del socio en las sociedades transmitente y adquirente, y de los tipos de gravamen en los Estados implicados. Véase el siguiente ejemplo:

La sociedad transmitente T es absorbida por la sociedad A, ambas no residentes. El Estado R de residencia de S, único socio de T, considera a A como transparente. S adquirió su participación por 1.000 unidades de cuenta y el valor real de T es de 1.500 u.c. S realiza, por tanto, una renta de 500 al canjear su participación en T por la participación en A, y si el Estado R se acogió al artículo 10 *bis*, apartado 3 de la Directiva modificada, someterá a imposición dicha renta. A igualdad de tipos de gravamen en R y el Estado de residencia de A, el impuesto sólo será igual si S adquiere una participación del 100 por 100 en A.

4. «Filialización» de sucursal.

El artículo 10 de la Directiva, relativo a la transmisión de un establecimiento permanente en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en que reside la sociedad transmitente, sufre ciertos cambios, unos sustantivos y otros meramente formales, que afectan sobre todo a su apartado 1 ³⁷.

El cambio sustantivo es la adición de un nuevo párrafo para eliminar la duda que se había suscitado acerca de la aplicación de la Directiva a la transmisión de un establecimiento permanente en favor de una sociedad de nueva creación en el mismo Estado del establecimiento ³⁸; operación que se conoce con el término «filialización», es decir, conversión de una sucursal en una filial. El nuevo párrafo dice así: «Las presentes disposiciones serán, asimismo, aplicables en el supuesto de que el establecimiento permanente esté situado en el mismo Estado miembro que aquel en el que sea residente la sociedad beneficiaria».

Las restantes modificaciones del apartado 1 mejoran ciertamente su redacción, antes bastante confusa.

5. Participación en la transmitente.

Algunos de los problemas que se habían planteado respecto a la Directiva de fusiones hacían referencia a su conexión con la Directiva matriz-filial. El estudio de la Comisión sobre el impuesto de sociedades del año 2001 suscitaba la cuestión del cómputo de la participación que otorga la condición de sociedad matriz y el efecto que ello podría tener sobre las reorganizaciones transfronterizas ³⁹. El problema que ha tratado de resolver la modificación de la Directiva 90/434/CEE es de índole algo más técnica y consistía en que la definición de sociedad matriz no coincidía exactamente en ambas Directivas. La Directiva matriz-filial (art. 3.1, a) exigía una «participación mínima» del 25%; por su parte, la Directiva de fusiones (art. 7), después de establecer que no se gravaría la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria al anularse su participación en la transmitente, autorizaba a los Estados a someterla a imposición «cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no exceda del 25%». Existía, por tanto, un cierto solapamiento lógico entre ambos límites, de manera que una sociedad que tuviese una participación del 25% en otra sería matriz a efectos de la Directiva matriz-filial, pero podría ser gravada con ocasión de la anulación de esta participación en una fusión. La incoherencia que esto supone se explica claramente en la exposición de motivos (párrafo 24) de la Directiva 2005/19/CE: «En su condición de socio de una sociedad transmitente, la sociedad bene-

³⁷ El apartado 2 únicamente se modifica para insertar la referencia a la escisión parcial. No obstante, los autores de la versión española de la Directiva 2005/19/CE han hecho retoques de estilo en partes del texto no modificadas en la versión en lengua inglesa, excediéndose así, a nuestro juicio, de su función.

³⁸ Cfr. *supra*, II.2.

³⁹ Cfr. *supra*, II.2.

ficiaria podría perfectamente recibir de aquélla dichos beneficios aplicados a reservas en forma de beneficios distribuidos. Cuando los beneficios se distribuyen, puede aplicarse lo dispuesto en la Directiva sobre matrices y filiales. Así, si la sociedad beneficiaria posee una "participación suficiente", de acuerdo con los requisitos de esta última Directiva, la Directiva sobre fusiones deberá autorizar la concesión de ventajas fiscales similares en caso de fusión o escisión, y eximir de impuestos la diferencia de valor anteriormente mencionada».

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 7 permite a los Estados miembros gravar la plusvalía únicamente «cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente sea inferior al 20%». Por otra parte, dispone que este límite se reducirá escalonadamente de manera paralela a lo previsto en la Directiva matriz-filial modificada ⁴⁰.

6. Tratamiento del traslado del domicilio social.

La Directiva 2005/19/CE ha añadido un nuevo título, el IV *ter* ⁴¹, formado por los artículos 10 *ter*, 10 *quater* y 10 *quinquies*, que contienen las normas reguladoras del tratamiento fiscal del cambio de domicilio social de una SE o de una SCE, acto u operación que, como hemos visto, se integra en el campo de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.

Las referidas normas aplican a esta operación el principio básico de neutralidad fiscal de la Directiva, mediante el diferimiento de la imposición que recaería sobre ella por aplicación del régimen tributario general. La idea general que preside la adaptación al traslado de domicilio del régimen de la Directiva es que de igual manera que la aplicación de dicho régimen a las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos presupone, por regla general, la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente, el traslado a otro Estado miembro del domicilio supone igualmente la creación de un establecimiento permanente en el Estado del antiguo domicilio («el Estado del que ha sido trasladado el domicilio social» es la expresión utilizada por la Directiva). En ambos casos, las plusvalías cuyo gravamen se difiere son las que se manifiestan en los elementos de activo y de pasivo «que queden efectivamente vinculados» a dicho establecimiento permanente (arts. 4.1 y 10 *ter*.1).

Desde la perspectiva fiscal existe, pues, un evidente paralelismo entre estas dos situaciones: en ambas el Estado de la entidad transmitente y aquel del que ha sido trasladado el domicilio fiscal pierden el poder de imposición basado en la residencia de la sociedad, que es sustituido por el basado en la presencia en su territorio de un establecimiento permanente. La diferencia entre las dos situaciones es jurídica: en la fusión, escisión o aportación de activos se produce un cambio de titular de los elementos patrimoniales, mientras que en el cambio de domicilio el titular sigue siendo el mismo.

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 11.

⁴¹ En la propuesta de Directiva este título era el número IV *bis*, que ahora lleva el dedicado a las entidades transparentes.

Los comentarios a los artículos de la propuesta de Directiva en los que se regulaba el traslado del domicilio social exponían la idea anterior en los siguientes términos ⁴²: «El régimen tributario al que está sujeto el traslado de domicilio social es semejante al aplicable a las fusiones y escisiones. El nuevo artículo 10 *ter* [correspondiente al 10 *quater* del texto definitivo] remite a otras disposiciones de la Directiva. Ahora bien, en las operaciones de fusión y escisión participan dos sociedades: la transmitente y la beneficiaria. Las referidas disposiciones afectan a ambas sociedades, en tanto que en la operación contemplada en este artículo interviene una única sociedad. A fin de esclarecer la situación, el apartado 4 dispone que esta sociedad se considere a un tiempo transmitente y beneficiaria». Este apartado 4 desapareció en la redacción definitiva de la Directiva, quizá por considerarlo innecesario, ya que el artículo 10 *quater* no se remite a otros artículos, sino que establece directamente las normas aplicables ⁴³.

El expuesto principio inspirador del régimen del traslado del domicilio social se refleja en la sistemática del Título IV *ter* de la Directiva modificada, que es la siguiente:

- El artículo 10 *ter* establece el principio básico del diferimiento, en el Estado del antiguo domicilio, de la imposición de las plusvalías que se manifiesten en los elementos patrimoniales que queden afectos en él a un establecimiento permanente, a condición de que su valoración fiscal permanezca inalterada.
- El artículo 10 *quater* dispone, por un lado, análogamente al artículo 5 de la Directiva, que el Estado miembro del nuevo domicilio permitirá la subrogación del establecimiento permanente en las situaciones tributarias de la sociedad («provisiones o reservas debidamente constituidas por la SE o la SCE antes del traslado del domicilio social... parcial o totalmente exentas de imposición y no [provenientes] de un establecimiento permanente en el extranjero») ⁴⁴. Por otro lado, paralelamente a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, el Estado del antiguo domicilio deberá permitir al establecimiento permanente la compensación de las pérdidas de la SE o la SCE en los mismos términos que las sociedades domiciliadas o residentes en dicho Estado.
- Finalmente, el artículo 10 *quinquies*, aplica el diferimiento a las rentas de los socios.

⁴² Párrafo 6 del comentario al apartado 9 del artículo 1 de la propuesta.

⁴³ Uno de los artículos a los que remitía el artículo 10 *ter* de la propuesta era el 10 de la Directiva. Lo hacía en su apartado 3 en los siguientes términos: «Lo dispuesto en el artículo 10 será de aplicación en caso de traslado del domicilio social de una SE o una SCE, si ésta posee un establecimiento permanente en otro Estado miembro, pese a no registrarse transmisión alguna de elementos de activo y de pasivo entre sociedades». El artículo 10 *quater* del texto definitivo de la Directiva no contiene ninguna norma relativa al supuesto del artículo 10 de la Directiva, seguramente por considerar que al no haber cambio de titularidad en el traslado del domicilio social, esta operación no afecta en modo alguno a los establecimientos permanentes en terceros Estados.

⁴⁴ La versión de la Directiva 2005/19/CE en lengua española se refiere en el apartado 1 de este artículo al Estado miembro al que se traslada en domicilio, mientras que la versión en lengua inglesa se refiere a ambos Estados miembros, lo cual tiene más sentido, puesto que el Estado del antiguo domicilio y ahora del establecimiento permanente tendrá que reconocer la subrogación en la aplicación del impuesto a éste.

Es de resaltar que mientras que la propuesta de Directiva se refería únicamente al traslado del domicilio social, el texto finalmente aprobado contempla un doble supuesto:

- que una SE o una SCE traslade su domicilio social de un Estado miembro a otro, o
- que, en relación con el traslado de su domicilio social de un Estado miembro a otro, una SE o una SCE que sea residente en el primer Estado miembro deje de ser residente en dicho Estado miembro y pase a serlo en otro Estado miembro.

El preámbulo de la Directiva 2005/19/CE ⁴⁵ alude a esta nueva redacción diciendo que «el traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro no siempre dará lugar a que la SE o la SCE dejen de tener su residencia en el primer Estado miembro. La residencia fiscal de la SE o la SCE seguirá siendo la que determinen la legislación nacional y los tratados sobre fiscalidad». Y continúa así ⁴⁶: «El traslado del domicilio social de una sociedad que dé lugar a que cambie la residencia fiscal o los hechos relacionados con ese traslado pueden dar pie a alguna forma de imposición en el Estado miembro a partir del cual se traslade el domicilio. La imposición puede tener lugar incluso en casos en los que el traslado del domicilio social o los hechos relacionados con dicho traslado no den pie a que cambie la residencia fiscal».

Este último supuesto no es, sin embargo, el normal en el Derecho comparado, en el que el hecho que determina el gravamen es generalmente el cambio de residencia. Más probable será el caso inverso: cambio de residencia fiscal sin traslado del domicilio social; por ejemplo, por traslado de la sede de dirección efectiva. Sin embargo, este supuesto no está contemplado por la nueva Directiva, a la que preocupa solamente hacer fiscalmente neutro el traslado de domicilio. Posiblemente la finalidad pretendida con el supuesto añadido en la redacción definitiva (cambio de residencia ocasionado por el traslado del domicilio) sea prever expresamente el hecho imponible normalmente utilizado por las legislaciones tributarias, que, en una interpretación estricta podría considerarse no cubierto por la redacción originaria.

IV. EFECTOS DE LA NUEVA DIRECTIVA SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/19/CE va a requerir algunas modificaciones de las normas vigentes, pero no tantas como pudiera pensarse a primera vista. Siguiendo las innovaciones de la Directiva, veamos cuáles son, a nuestro juicio, dichas modificaciones.

1. La escisión parcial ya está incluida entre las operaciones que pueden acogerse al régimen especial en el artículo 83.2, 1.º, b) de la LIS. Quizá sea conveniente incluir expresamente el requisito de que el patrimonio no segregado debe constituir una rama de actividad; si

⁴⁵ Párrafo 6.

⁴⁶ Párrafo 7.

bien puede pensarse que esta mención no es estrictamente necesaria, en la medida en que se entienda que las normas actuales, tanto mercantiles como fiscales, deben ser interpretadas de conformidad con esta exigencia.

2. Será necesario modificar la definición del canje de valores del artículo 83.5 de la LIS a fin de incluir en ella el supuesto en el que la sociedad adquirente de los valores ya posee la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y mediante la operación solamente amplía dicha mayoría.

La declaración para el acta del Consejo según la cual el hecho de que la participación mayoritaria se adquiera [en parte] de residentes de la Comunidad y [en parte] de residentes de terceros países no impide a los socios residentes de los Estados miembros disfrutar de los beneficios de la Directiva⁴⁷ no necesita, como es obvio, dada su naturaleza, ser transpuesta al Derecho interno de los Estados miembros. En la medida, no obstante, en que quepa concederle cierto valor interpretativo⁴⁸, tiene interés examinar en qué medida concuerda con el ordenamiento español.

En primer lugar, la interpretación que se deriva de dicha declaración es compatible con el artículo 87.1 de la LIS. En efecto, éste exige para el diferimiento de las rentas que se pongan de manifiesto en el canje de valores que los socios que lo realicen residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España. Este último requisito se refiere a la no integración en la base imponible del impuesto que recae sobre el socio residente en el Estado no miembro de la Unión Europea⁴⁹, no a la aplicación del régimen a los demás socios. Es decir, que en el caso de que los valores recibidos por el socio residente en un tercer Estado no correspondan a una sociedad residente en España (según la letra b del art. 87.1 de la LIS tiene entonces que ser residente en la Unión Europea), sus rentas serán gravadas en España; pero, de acuerdo con la interpretación adoptada por la declaración para el acta de Consejo, no impedirán el diferimiento de la tributación en los casos previstos en la letra a) del artículo 87.1 de la LIS.

Lo que es contrario a la citada declaración para el acta del Consejo es la interpretación de la Dirección General de Tributos según la cual está excluida la aplicación del régimen especial cuando la mayoría de los derechos de voto se adquiera de socios que no satisfagan los requisitos de la letra a) del artículo 87.1⁵⁰.

⁴⁷ *Cfr. supra*, II.3.b.2.

⁴⁸ Según Díez-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, pong. 720, nota al artículo 13 del Reglamento interno del Consejo, la postura del TJCE en relación con el valor de las declaraciones que se inscriben en las actas es que no pueden ser tenidas en cuenta para interpretar una disposición del Derecho derivado cuando su contenido no se plasme de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, y no tienen, por tanto, ningún alcance jurídico (sentencia de 26 de febrero de 1991, asunto *Antonissen*, C-292/89).

⁴⁹ Este impuesto sólo puede ser el Impuesto sobre la renta de no residentes, pero el artículo 87.1 se refiere únicamente al IRPF y al IS. El texto del artículo no fue modificado tras el establecimiento del IRNR en 1998, como hubiera debido hacerse.

⁵⁰ Véase la consulta DGT 27-12-2001 (V78-01, NFC016040), que versa sobre una oferta pública de canje de acciones de una sociedad dominante residente en Luxemburgo por acciones de una residente en España, a la que pueden concurrir residentes en la Unión Europea y en terceros países. La DGT sostiene que de los artículos 97.5 y 101, apartados 1 y 6, de

También pueden suscitarse dudas acerca de la compatibilidad de la declaración para el acta del Consejo con el apartado 6 del artículo 87⁵¹, según el cual «las operaciones de canje de valores que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo no podrán acogerse al régimen previsto en este capítulo». Según autorizada opinión⁵², el sentido de este precepto sería aclarar (*a sensu contrario*) que pueden acogerse al régimen especial operaciones de canje de valores que cumplen los requisitos del artículo 87.1 pero en las que no se manifiestan rentas en territorio español que diferir; el régimen sería aplicable en lo que se refiere a la imposición indirecta. No existe, sin embargo, contradicción entre ambos textos siempre que los requisitos del apartado 1 se interpreten, de conformidad con la declaración, en el sentido antes expuesto; es decir, que éstos se cumplen, y por tanto el régimen es aplicable, aunque la mayoría de los derechos de voto se adquieran de socios residentes en terceros Estados, sin ningún requisito adicional.

3. En lo que respecta al traslado del domicilio social de una SE o una SCE, en primer lugar, no procede incluir esta operación en la lista de las operaciones que pueden acogerse al régimen especial del artículo 83 de la LIS, que no es transposición del artículo 1 de la Directiva, sino del 2. Lo necesario es establecer las normas de Derecho interno que apliquen a dicha operación las disposiciones del Título IV *ter* de la Directiva. En cuanto al tratamiento de las rentas de la sociedad que traslada su domicilio, la norma correspondiente al artículo 10 *ter* de la Directiva está ya contenida en el artículo 17.1, a) de la LIS. Este precepto dispone, en primer lugar, que se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste. Sin embargo, exceptúa de esta norma el supuesto de que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente de la entidad que traslada la residencia, situado en territorio español, en cuyo caso será aplicable a tales elementos lo previsto en el artículo 85 de la LIS. Es decir, los mencionados elementos patrimoniales se valorarán fiscalmente por el mismo valor que tenían con anterioridad al cambio de residencia.

No existen, sin embargo, en el Derecho español vigente las normas correspondientes a los artículos 10 *quater* y 10 *quinquies* de la Directiva.

Pensamos que una forma sencilla de transponer la Directiva en esta materia sería ampliar la remisión del artículo 17.1, a) de la LIS bien a los artículos 88 y 90 bien, en general, al régimen del capítulo VIII del Título VII de la LIS, añadiendo si se quiere, como hacía la

la LIS (arts. 83.5 y 87.1 y 6 del Texto refundido) «se deduce que la aplicación del régimen especial está condicionada a que los socios que por sí mismos permiten a la entidad adquirente alcanzar la mayoría absoluta de los derechos de voto en la entidad participara (condición para considerar una operación como canje de valores), sean residentes en territorio español, en otro Estado de la Unión Europea o en cualquier otro Estado, siempre que, en este caso, la entidad adquirente sea residente en territorio español. Por tanto, la participación en el canje de algún otro socio que no cumpla los requisitos citados en cuanto a su residencia, no modifica la calificación a efectos fiscales de la operación como canje de valores, sin perjuicio de que a los mismos no les sea de aplicación el régimen especial».

⁵¹ Este apartado fue añadido al artículo 101 de la Ley 43/1995, correspondiente al 87 del Texto refundido, por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

⁵² LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *op. cit.* (nota 33), n.m. 2.296.

propuesta de Directiva, que a estos efectos se considerará que la sociedad que traslada su residencia es al mismo tiempo la transmitente y la beneficiaria, aunque no creemos que esta aclaración sea indispensable.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 17.1, a) tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que la Directiva, ya que ésta únicamente es aplicable a los cambios de domicilio, no a todo cambio de residencia, y solamente a la SE y la SCE.

4. Aunque, como ya hemos dicho, las normas de la Directiva sobre sociedades transparentes tienen pocas posibilidades de aplicación en el Derecho español, dada la amplitud con que éste reconoce personalidad jurídica a las sociedades, esto no elimina la necesidad de transponer dichas normas.

La del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva podría recogerse en un nuevo apartado del artículo 84 de la LIS, declarando aplicable el régimen de diferimiento al socio residente de la sociedad no residente transparente comprendida en el ámbito de la Directiva. En este sentido, parece que la no integración en la base imponible de las rentas (método de exención) está más en consonancia con las normas generales del régimen que el método de imputación que ofrece como alternativa el artículo 10 *bis*, apartados 1 y 2 de la Directiva.

La norma del apartado 3 del artículo 8 de la Directiva (socio transparente) podría insertarse en nuevos apartados de los artículos 87 y 88 de la LIS.

Por otra parte, posiblemente el Estado español quiera ejercitar alguna de las opciones, a nuestro entender alternativas, que le ofrecen los apartados 3 y 4 del artículo 10 *bis* de la Directiva. En tal caso, consideramos preferible la del apartado 3, que asegura más eficazmente la imposición de las rentas latentes en la sociedad adquirente, aunque, como ya quedó señalado, renunciando a la plena neutralidad fiscal de la operación. Esta opción tiene la ventaja de que, a diferencia de la del apartado 4, es aplicable también al canje de valores.

5. La aclaración del último párrafo del apartado 1 del artículo 10 de la Directiva, en su nueva redacción no necesita, en nuestra opinión, ser transpuesta al Derecho español, puesto que el apartado 1 del artículo 84 de la LIS no establece ninguna restricción que impida la «filialización» tanto de una sucursal de una entidad no residente situada en España (letra c) como la de una sucursal de una entidad residente en territorio español situada en otro Estado miembro de la Unión Europea (letra d).
6. Por último, los nuevos porcentajes de participación de la entidad adquirente en la transmitente, por debajo de los cuales los Estados miembros pueden gravar las rentas derivadas de la anulación de dicha participación, incluido el 10 por 100 que se aplicará a partir del 1 de enero de 2009, son muy superiores al 5 por 100 establecido por el artículo 89.1 de la LIS.