

**RAFAEL GONZÁLEZ-VILLALOBOS BÉRGAMO**

*Asesor Fiscal*

**Extracto:**

LA integración de España en la Unión Europea, así como el creciente proceso de internacionalización y globalización de la economía, hace necesario un proceso de transformación en las empresas que, probablemente, no ha hecho nada más que comenzar. Dicha transformación tiene como eje fundamental el crecimiento, alcanzado en muchas ocasiones mediante la fusión de varias empresas para crear una nueva o por la absorción entre empresas.

Esta circunstancia, contemplada en la normativa fiscal desde el año 1991, queda consagrada en el Capítulo VIII de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la complejidad de la materia, la diversidad de casos que pueden plantearse -como casi siempre, la realidad va por delante de la norma- y una engorrosa redacción de los artículos de la Ley provocan que el tratamiento fiscal dado a estas operaciones de concentración empresarial haya sido motivo de interpretaciones contrapuestas.

El presente trabajo, centrado en el supuesto de fusiones por absorción en las que la sociedad absorbente posee con anterioridad a la operación un porcentaje significativo del capital de la absorbida, presenta una interpretación alternativa a la esgrimida por la Dirección General de Tributos para el artículo 103 de la Ley del Impuesto. En el mismo se defiende que, cuando en la adquisición de la participación se paga un sobreprecio con respecto al valor teórico resultante de balance, la parte del mismo imputable a actualización de valores del activo debe tener validez fiscal, tanto para la determinación de las cuotas de amortización como para el cálculo de los eventuales incrementos de patrimonio.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Situación anterior a la Ley 29/1991.
  1. Régimen general.
  2. Régimen especial. Ley 76/1980.
- III. La Ley 29/1991.
- IV. La Ley 43/1995.
  1. Régimen general.
    - 1.1. Sociedad absorbente.
    - 1.2. Sociedad absorbida.
    - 1.3. Ejemplo numérico.
    - 1.4. Deducciones para evitar la doble imposición.
    - 1.5. Un caso especial: la sociedad absorbente adquirió su participación por encima del valor teórico según balance.
    - 1.6. Conclusiones.
  2. Régimen especial.
    - 2.1. Notas definitorias: artículos 97 a 102.
    - 2.2. El artículo 103 de la Ley.
      - 2.2.1. Interpretación de la Dirección General de Tributos.
      - 2.2.2. Análisis crítico de la tesis de la Administración.
      - 2.2.3. Una interpretación alternativa.
      - 2.2.4. Análisis comparativo: un supuesto numérico.
- V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso de transformación que está experimentando desde hace varios años la sociedad española en general, y el sector empresarial en particular, como consecuencia de la integración de nuestro país en la Unión Europea, ha tenido, tiene y tendrá diversas implicaciones, que se van incrementando en los últimos compases del siglo como consecuencia del acercamiento al instante de la entrada en funcionamiento, con todas las consecuencias, de la moneda única.

Uno de los efectos que se dejaron notar en la economía española, en primer lugar, fue la necesidad que se presentaba a las empresas de llevar a cabo diversas transformaciones, en ocasiones profundas y estructurales, con el fin de ser competitivas ante el nuevo mercado que se les abría, con un incremento sensible de la demanda -cientos de millones de ciudadanos europeos con libertad de acceso a nuestros productos, y por lo tanto clientes potenciales-, pero simultáneamente con un sustancial incremento de la competencia -miles de empresas de toda Europa produciendo bienes y servicios para el mercado español-.

En este contexto, uno de los pasos que se presentaba como imprescindible era, en un gran número de casos, el aumento del tamaño de las empresas con el triple objetivo de incrementar la capacidad productiva, aumentar el peso específico en los mercados y minimizar costes. Dicho crecimiento se plasmaba, frecuentemente, en procesos de concentración empresarial.

Con el fin de fomentar o, cuando menos, no desincentivar estos procesos, se encuentra vigente desde el año 1991 una normativa fiscal específica tanto para los supuestos planteados -fusiones, aportaciones de ramas de actividad...-, como para los equivalentes en sentido contrario -escisiones-. Dicha normativa tenía además el fin de armonizar el régimen fiscal con el de los países de la Unión Europea.

El objeto del presente trabajo es analizar dicho tratamiento fiscal. Para ello, haremos abstracción de todo aquello que escape de lo que va a ser el componente prioritario del eventual coste fiscal. En este sentido, omitiremos toda referencia a la tributación por imposición indirecta (IVA,

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, etc.), así como a los eventuales impuestos municipales (Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos...). Dentro de la imposición directa, haremos mención especial al tratamiento fiscal de un supuesto específico, cual es el de la absorción de una sociedad por otra que, con carácter previo a dicha operación, tiene un porcentaje significativo de su capital (más del 5%). Este supuesto se recoge en el artículo 103 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, cuya interpretación oficial, como se expondrá, presenta graves lagunas que pueden llevar a consecuencias prácticas radicalmente enfrentadas al objetivo de la norma.

En cuanto a los sujetos participantes en estas operaciones, nos centraremos en los efectos de las mismas sobre las sociedades intervinientes -absorbente y absorbida-, tocando de modo colateral y tan sólo en aquello que afecta a los mismos las implicaciones sobre el tercer actor -socio de la sociedad absorbida-.

## II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 29/1991

A raíz de la reforma fiscal operada en nuestro país en los últimos años de la década de los setenta, la tributación de las sociedades queda regida por la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, desarrollada con posterioridad por el Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Además, en la materia que nos ocupa, existía una regulación específica determinada por la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. En consecuencia, durante los años anteriores a la entrada en vigor de la Ley 29/1991 coexistían dos regímenes: uno general, de habitual aplicación, y otro especial que, como se verá, exigía un gran número de trámites que lo hacían, de hecho, aplicable tan sólo a determinadas operaciones de fusión.

### 1. Régimen general.

Como queda dicho, este régimen venía regulado por la Ley y el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Dada la parquedad de la Ley (34 artículos) frente a lo prolijo del Reglamento (400 artículos), situación esta, por otra parte, habitual en la normativa fiscal de aquellos años, centraremos nuestro análisis en el estudio del desarrollo reglamentario, partiendo de la existencia de respaldo legal en todos los aspectos del mismo.

Pues bien, dicha norma no contiene a lo largo de su articulado ninguna mención a la tributación de las entidades fusionadas -absorbente y absorbida-, ya que el artículo 137, único que se refiere a estas operaciones, aborda el tratamiento fiscal de las sociedades-socio de otra entidad interviniente.

Ante este silencio normativo, se entendía que la tributación venía producida al amparo del régimen general de los incrementos de patrimonio. En efecto, el artículo 126.1 del Reglamento definía tal componente de la base imponible:

«Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo cuando se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes».

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 126 establecía que:

«Se computarán como incrementos de patrimonio los que se pongan de manifiesto por simple anotación contable (...)».

Estos preceptos sirvieron en su momento para alumbrar teorías defensoras de la tributación de las operaciones de fusión, teorías que además fueron llevadas a la práctica como tesis oficial de la Administración Tributaria.

En efecto, no puede obviarse que con carácter previo a una fusión, las sociedades intervinientes deben verificar y «retocar», en su caso, los valores de los elementos constitutivos de sus respectivos balances, con el fin de llegar a determinar la ecuación de canje. En la práctica generalidad de los casos, sobre todo si en los balances aparecían bienes inmuebles, estos «retoques» generaban incrementos en sus valoraciones. Desde este punto de vista, es incuestionable la existencia de una «variación positiva en el valor del patrimonio del sujeto pasivo», tal y como recoge el artículo 126.1 citado, en ambas sociedades. Sin embargo, se exigía un segundo requisito para la existencia de incremento de patrimonio: la variación de valor debía ponerse de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición del patrimonio. Pues bien, el cumplimiento de esta condición parecía bastante más dudoso. En este sentido se manifiesta, entre otras, una voz tan autorizada como la de Eduardo SANZ GADEA (*Impuesto sobre Sociedades, comentarios y casos prácticos*, 3.ª edición, septiembre de 1991, Ed. CEF, pág. 1.088 y siguientes).

En efecto, si analizamos en primer lugar a la sociedad absorbente, llegaremos a la conclusión de que no existe ninguna de las modalidades en que pueden dividirse las «puestas de manifiesto» de la alteración patrimonial, según la extensa relación comprendida en el artículo 127 del Reglamento: ni hay incorporación de activos sin contraprestación, ni hay salida de activos de la sociedad.

Mucho más obvia resulta dicha carencia en el caso de la sociedad absorbida, pues su patrimonio se transmite en bloque a la absorbente, sin contraprestación (ésta irá a los socios). Su tributación, en consecuencia, se defiende como una manifestación de la denominada «plusvalía del muerto», vigente en nuestro ordenamiento fiscal en los impuestos directos de la época.

## 2. Régimen especial. Ley 76/1980.

El primer intento legal de eliminar trabas fiscales a los procesos de concentración empresarial viene dado por la Ley 76/1980. Ciertamente loable, el tiempo pareció demostrar que dicho intento pagó la inexperiencia. SANZ GADEA (ob. cit., pág. 1.098) opina que la Ley 76/1980 se caracteriza por el «doble exceso»: exceso en la concesión de beneficios fiscales y exceso de intervencionismo administrativo.

En efecto, parece excesivo conceder una bonificación del 99% a las plusvalías puestas de manifiesto -y reflejadas en contabilidad, requisito imprescindible como se verá- a raíz del proceso de fusión. En la práctica, suponía una carga para la Hacienda Pública vía mayor cuota de amortización y menor plusvalía en la futura venta de activos. El requisito de permanencia en el patrimonio -tres o cinco años, en función del tipo de activo- para mantener el beneficio fiscal era a todas luces insuficiente. En definitiva, no se trataba tanto de mantener la neutralidad -posponiendo la imposición como se verá posteriormente- cuanto de eximir de tributación a estas plusvalías.

El segundo exceso -intervencionismo administrativo- se plasmaba en requisitos de tipo valorativo y contable -exigencia de registro en el balance de los valores aprobados para determinar la ecuación de canje- y en la exigencia de una comunicación previa a la Administración para que, tras la apertura del oportuno expediente, ésta procediese a la comprobación del cumplimiento de los requisitos anteriores y, en su caso, a la concesión del régimen especial. La consecuencia de este exceso de intervencionismo presentaba un doble aspecto negativo: por una parte, se demoraba en el tiempo la concesión de los beneficios fiscales; por otra, al estar sometida la operación al visto bueno de la Administración, se abonaba el campo para las consiguientes acusaciones de falta de transparencia, en la mayor parte de los casos carentes de todo fundamento y procedentes de sectores poco rigurosos, pero que dañaron la imagen de la Administración Tributaria. Baste recordar en este sentido algún conocido proceso de fusión bancaria, cuajado o no con posterioridad.

En definitiva, tras la experiencia de los años de aplicación de la Ley 76/1980, se demanda una normativa más adecuada para los procesos de concentración empresarial, inspirada en dos principios fundamentales: ámbito de aplicación universal y neutralidad fiscal.

## III. LA LEY 29/1991

Precisamente a satisfacer esa demanda del sector empresarial acude la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directrices y reglamentos de las Comunidades Europeas. Como quedó dicho con anterioridad, y refleja el propio enunciado de la Ley, ésta venía exigida por la adaptación de nuestra normativa a la del resto de los países de la Comunidad. Pero además conseguía rectificar los defectos detectados en la normativa anterior.

En efecto, se conseguía en primer lugar un ámbito de aplicación cuasi universal: toda operación que quedase englobada en las definidas por el artículo 2 era en principio beneficiaria del régimen especial, si bien debía de comunicarlo con carácter previo al Ministerio de Economía y Hacienda. Tan sólo en el supuesto de que se pudiera comprobar que la operación se llevaba a cabo con fines de elusión fiscal se perderían los beneficios inherentes al citado régimen. Como puede observarse, se eludían todas las obligaciones, controles previos y autorizaciones *a priori* establecidas en la Ley 76/1980, si bien, como contrapartida, se perdía la seguridad que otorgaba una verificación previa, teniendo por lo tanto durante cinco años la amenaza de una posible intervención de la Inspección que interpretase ánimo defraudatorio en la operación.

En segundo lugar, se plasmaba el principio de neutralidad fiscal: en lugar de conceder bonificaciones, la operación de fusión quedaba introducida en un paréntesis de tal modo que, a efectos de la imposición directa sobre las sociedades intervinientes, era como si la operación no hubiese existido, manteniendo los activos transferidos como consecuencia de la misma tanto su valor histórico como su antigüedad.

En definitiva, la Ley no tenía como objetivo fundamental incentivar las operaciones de concentración empresarial, sino no desincentivar por motivos fiscales ninguna operación de este tipo. Tal finalidad se consigue saltando por encima de la operación, como si de hecho no se hubiese producido.

#### IV. LA LEY 43/1995

El paso definitivo en la imposición directa sobre la renta de las personas jurídicas se da con la aprobación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Con ella se alcanza lo que había venido siendo una de las principales demandas del sector empresarial: adaptar la fiscalidad a la contabilidad, o viceversa, de forma que el resultado contable de la empresa y la base imponible sobre la que se tiene que tributar por los beneficios empresariales coincidan o, en último caso, experimenten pocas diferencias.

En efecto, bajo la normativa anterior, el paso del resultado contable al resultado fiscal exigía gran número de alteraciones, negativas y, sobre todo, positivas. Ello suponía, además del esfuerzo que implica el elevado número de cálculos adicionales, que la tributación sobre los beneficios empresariales se determinaba *de facto* sobre una magnitud distinta, y en ocasiones distante, al verdadero beneficio empresarial.

La nueva Ley soslaya este inconveniente, a la par que simplifica de manera significativa la determinación de la base imponible -por coincidencia casi generalizada con la normativa contable-, centrando así la mayor parte de su articulado en la regulación de los regímenes especiales. La confluencia de ambas circunstancias -remisión del régimen general a la contabilidad y análisis pormenorizado de los regímenes especiales- origina un impuesto mucho más centrado en la realidad del sector económico.

En lo tocante a la cuestión objeto del presente estudio, la nueva Ley mantiene el esquema de dos regímenes diferenciados existentes hasta la fecha: un régimen especial, aplicable a la inmensa mayoría de los procesos de concentración empresarial, que mantiene el principio inspirador básico de neutralidad fiscal frente a este tipo de operaciones, y un régimen general aplicable a los escasos supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación anterior, y en todo caso susceptible de abarcar cualquier operación, en tanto que cabe la renuncia al régimen especial por parte del sujeto pasivo.

## 1. Régimen general.

Cuando la operación de fusión no puede, o los intervinientes no desean, acogerse al régimen especial previsto para fusiones y escisiones de sociedades, la normativa que le será aplicable es la general, recogida en el artículo 15 de la Ley 43/1995. En el mismo se especifica la tributación tanto de la sociedad absorbente como de la absorbida y de los socios de ésta.

### 1.1. Sociedad absorbente.

El citado artículo 15, en su apartado 2 d), establece que: «se valorarán por su valor normal de mercado los siguientes elementos patrimoniales: (...) los transmitidos en virtud de fusión, absorción, y escisión total o parcial». Esta conceptualización, coherente con el tratamiento habitual para incrementos o disminuciones patrimoniales, deja de lado la pretensión de neutralidad fiscal para este tipo de operaciones -a ello responde el régimen especial, como se verá- y consagra la valoración de las transmisiones que se generan a precio normal de mercado. En tal sentido, el apartado 7 del mismo artículo define cómo debe cuantificarse el resultado de la operación, desde el punto de vista de la sociedad absorbente -socio de la absorbida-:

«Se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor normal de mercado de la participación recibida y el valor contable de la participación anulada.»

Estaremos, por tanto, a la comparación entre el valor de mercado de los activos y pasivos que recibe la sociedad absorbente y el valor contable de la participación que la absorbente tenía en la absorbida, cuantificándose de la siguiente manera:

VALOR MERCADO BIENES RECIBIDOS
–
VALOR CONTABLE PARTICIPACIÓN
—————
VARIACIÓN PATRIMONIAL (+ o –)

Como resulta obvio, el signo de la variación patrimonial dependerá de los diversos parámetros que puedan afectar a los sumandos. Así, por ejemplo, si la sociedad absorbida no actualizó los valores de sus activos y la absorbente adquirió su participación por el valor neto contable según balance, es muy probable que la operación de absorción genere una plusvalía. Si, por el contrario, la participación se adquirió en un momento en que las acciones de la absorbida tenían un mayor valor -últimos ejercicios con resultados positivos, anteriores a otros con pérdidas...-, se generará una minusvalía, salvo que la sociedad-socio hubiera provisionado anualmente en función de los valores teóricos resultantes del balance de la absorbida.

La primera cuestión litigiosa que se plantea, y sobre la que es oportuno detenerse siquiera de modo somero, es la deducibilidad de la eventual minusvalía generada por la absorción; en efecto, las limitaciones y requisitos que la legislación ha exigido tradicionalmente tanto para deducir partidas negativas generadas en ejercicios anteriores, como para admitir provisiones por depreciación en sociedades con determinado grado de participación, han sido no sólo de elevada magnitud sino también cambiantes en el tiempo, en función de la norma aplicable en cada momento.

Así, es sobradamente conocido que la normativa anterior a la Ley 43/1995 rechazaba la deducibilidad de la provisión por depreciación de valores, si no había sido objeto de contabilización en el ejercicio correspondiente; de tal manera que o se contabilizaba en el ejercicio o se perdía la posibilidad de deducir el gasto. Por otra parte, no se permitía la deducción de dichas dotaciones cuando se daba un determinado grado de participación entre ambas sociedades. De tal suerte que, desde el punto de vista estrictamente fiscal, no existía motivo para dotar la citada provisión por depreciación de valores.

La Ley 43/1995 altera sustancialmente este planteamiento. En primer lugar, en su artículo 12.3 se permite la deducibilidad de la provisión con independencia de cuál sea el grado de participación entre las sociedades. Tal extremo queda nítidamente aclarado al definir que «este mismo criterio se aplicará a las participaciones en el capital de sociedades del grupo o asociadas en los términos de la legislación mercantil».

Por otra parte, el artículo 19.3 consagra la posibilidad de deducir gastos en los ejercicios posteriores a aquel en que procedería su imputación temporal, **siempre que de tal actuación no se derive una tributación menor de la que procedería en caso de aplicarse el criterio general de devengo.**

En consecuencia, y ante una eventual minusvalía en la sociedad absorbente por aplicación de la ecuación transcrita anteriormente, causada por la acumulación de resultados negativos en la sociedad absorbida, sin que la absorbente hubiera provisionado el descenso de valor, pueden plantearse las siguientes alternativas:

- a) **Inadmisibilidad de la deducibilidad de la pérdida.** Desde nuestro punto de vista, esta postura carece de apoyo legal, toda vez que supondría rechazar la deducibilidad de la dotación a la provisión en ejercicios posteriores y, simultáneamente, la minusvalía contable en virtud de la obligación que, supuestamente, la sociedad habría tenido de dotar la provisión, con independencia de su inaplicabilidad fiscal.
- b) **Admisión de la deducción, vía provisión.** Con carácter previo a la operación, la sociedad podría contabilizar la provisión no dotada en ejercicios anteriores, ajustando su valor neto contable al teórico resultante del balance de la participada. En nuestra opinión, si bien parece aceptable esta alternativa, queda la duda de la frase contenida en el citado artículo 19.3 relativa a la menor tributación. En efecto, la expresión *siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación de la norma de imputación temporal prevista en los apartados anteriores* puede dar lugar a situaciones confusas al aplicarla al presente supuesto. Piénsese en el caso de una provisión no deducible con arreglo a la legislación anterior, y que de acuerdo con la vigente Ley es susceptible de minorar la base imponible. Resulta incuestionable que su dotación conjunta en un solo ejercicio -posterior a la Ley 43/1995- va a suponer una menor tributación en el conjunto de los períodos impositivos, y no una simple redistribución de bases imponibles entre dichos períodos.

En consecuencia, si bien nos inclinamos a pensar que la provisión debe tener en todo caso carácter deducible, fundamentalmente en aplicación de la filosofía inspiradora de la Ley, se trata de una cuestión de derecho transitorio sobre la que deberán pronunciarse la Administración y, probablemente, los Tribunales. Por tal motivo, pensamos que es más oportuna la búsqueda de la deducibilidad a través de la tercera de las alternativas, que a continuación se expone.

- c) **Admisión de la deducción, vía pérdida patrimonial.** Si la sociedad absorbente no dotó la oportuna provisión, es evidente que se va a encontrar en el momento de la operación con una pérdida patrimonial, equivalente a la diferencia entre lo que valía su participación en la absorbida cuando la adquirió, y lo que vale en el momento de la absorción. Por ello, y en aplicación del artículo 15.7 de la Ley, dicha pérdida debe integrarse como partida negativa en la base imponible del impuesto. Como queda dicho, desde nuestro punto de vista ésta es la forma más clara de proceder a la minoración de la pérdida en la base imponible, ya que no se contraviene ninguna norma -pasada ni presente- y la disminución en la base imponible responde a una pérdida cierta y realizada.

### 1.2. Sociedad absorbida.

Siempre y cuando no se opte por el régimen especial de los artículos 97 y siguientes, el efecto sobre la entidad transmitente se presenta más nítido y con escaso margen de dudas: el apartado 3 del reiterado artículo 15 establece que: «la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable». Por lo tanto, lo habitual será que la sociedad absorbida experimente una plusvalía como consecuencia de la operación.

## 1.3. Ejemplo numérico.

Supongamos que «X, S.A.» posee el 100% del capital social de «Y, S.A.», adquirido el 2 de enero de 1996, en 1.000 u.m. Para simplificar el análisis supondremos que la sociedad absorbida no ha experimentado alteración alguna en su neto patrimonial, por lo que el valor teórico de la participación de «X, S.A.» no varía.

BALANCE DE «X, S.A.»			
Acciones de «Y, S.A.» .....	1.000	Capital + Reservas .....	3.000
Otros activos .....	4.000	Pasivos .....	2.000

BALANCE DE «Y, S.A.»			
Activos .....	3.000	Capital + Reservas .....	1.000
		Pasivos .....	2.000

Los activos de «Y, S.A.» tienen un valor de mercado de 4.000 u.m.

En el momento en que «X, S.A.» absorbe a «Y, S.A.» se tributa:

*En «Y, S.A.» (transmitente) -art. 15.3-:*

$$\text{Base imponible} = 4.000 - 3.000 = 1.000$$

$$\text{Cuota al 35\%} = \mathbf{350}$$

*En «X, S.A.» (adquirente) -art. 15.7-:*

Recibido a valor de mercado:

$$\text{Activo} - \text{Pasivo (incluyendo aquí el Impuesto sobre Sociedades)}$$

$$4.000 - 2.350 = 1.650$$

$$\text{Valor neto contable de la participación} = 1.000$$

$$\text{Base imponible} = 1.650 - 1.000 = 650$$

Cuota al 35% = **227,5**

**Coste fiscal total de la operación = 350 + 227,5 = 577,5**

**Plusvalía real por aplicación del valor de mercado = 4.000 – 3.000 = 1.000**

**Tipo impositivo real = 57,75%**

Es decir, estamos ante un claro supuesto de exceso de tributación por doble imposición, ya que la sociedad absorbente, propietaria de hecho de la absorbida, va a tener que pagar 577,5 u.m. sobre una plusvalía real de 1.000 u.m.

Obviamente, la norma no podía permanecer impasible ante tal situación, y a solventar tal exceso acuden los artículos 28 y siguientes de la Ley, al regular el régimen de deducciones para evitar la doble imposición.

#### *1.4. Deducciones para evitar la doble imposición.*

El artículo 28 de la Ley del Impuesto -en el que se establecen los mecanismos para evitar la doble imposición interna- ha sido uno de los que ha experimentado mayor número de alteraciones en los escasos años transcurridos desde la aprobación de la norma. En efecto, la redacción inicial dada por la Ley 43/1995 se vio alterada pocos meses después por la Ley 10/1996, posteriormente por el Real Decreto-Ley 8/1996, y finalmente por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, cuya redacción es la que figura vigente en la actualidad. No obstante, no presenta especial interés detenerse de manera pormenorizada en todas las reformas citadas, ya que el objeto fundamental de las mismas es delimitar los casos en los que es aplicable la deducción para evitar la doble imposición interna. Por consiguiente, bastará con la comprobación de que la normativa vigente ampara al supuesto objeto del presente estudio.

Así, el apartado 3 del citado artículo 28 establece que:

«La deducción también se aplicará en los supuestos de liquidación de sociedades, separación de socios, adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización y **disolución sin liquidación en las operaciones de fusión**, escisión total o cesión global del activo y pasivo, respecto de las rentas computadas derivadas de dichas operaciones, en la parte que corresponda a los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital, y a la renta que la sociedad que realiza las operaciones a que se refiere el párrafo anterior deba integrar en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta Ley».

Resulta incuestionable el sometimiento al citado régimen de las operaciones de fusión por absorción.

El apartado 4 recoge los supuestos que, si bien se encuentran incluidos en el anterior, no pueden disfrutar de los beneficios establecidos en el artículo. Básicamente se persigue evitar la subtributación por vía de la deducción, toda vez que los supuestos excluidos son aquellos en los que bien no se produce tributación efectiva en el perceptor de la renta -tratamiento de cupón corrido-, bien la renta positiva obtenida e integrada en la base imponible se compensa automáticamente con otra de igual cuantía y signo contrario -reparto de dividendo que supone paralelamente una depreciación del valor de la participación, con la correspondiente provisión deducible-.

El análisis del farragoso y prolijo apartado 4 lleva a deducir que la operación de fusión por absorción, tal y como se contempla, no se encuentra comprendida en ninguno de los supuestos de exclusión.

Por lo tanto, debe concluirse de lo anterior el sometimiento de nuestro supuesto a la citada deducción.

Sentado lo anterior, procede delimitar el importe de la reiterada deducción. Para ello, es preciso acudir a los dos primeros párrafos del artículo 28. En el primero se establece que:

«Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España, se deducirá el 50 por 100 de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios.

La base imponible derivada de los dividendos o participaciones en beneficios será el importe íntegro de los mismos».

Una vez definida la base de la deducción -la cuota íntegra que corresponde a la base imponible que se deriva de la operación- el apartado segundo eleva el porcentaje de deducción para determinados supuestos:

«La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100 por 100 cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 por 100, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya (...)».

Es decir, en el supuesto que nos ocupa, la Ley concede una deducción equivalente al total de la cuota generada por la absorción, evitando así de modo absoluto la doble imposición.

Retomando el ejemplo numérico anterior, la deducción a aplicar se definiría de la siguiente manera:

$$\text{Base imponible en «Y, S.A.»} = 4.000 - 3.000 = 1.000$$

$$\text{Cuota al 35\%} = 350$$

$$\text{Base imponible en «X, S.A.»} = (4.000 - 2.350) - 1.000 = 650$$

$$\text{Cuota al 35\%} = 227,5$$

$$\text{Deducción: 100\% de la cuota generada por la absorción} = 227,5$$

$$\text{Coste fiscal total} = 350 + 227,5 - 227,5 = 350$$

$$\text{Plusvalía real} = 4.000 - 3.000 = 1.000$$

$$\text{Tipo de gravamen efectivo} = 35\%$$

*1.5. Un caso especial: la sociedad absorbente adquirió su participación por encima del valor teórico según balance.*

Hasta aquí llega la exposición del régimen general previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades para operaciones de fusión por absorción, en el que no surgen excesivas dudas interpretativas, a salvo de las que se han ido plasmando a lo largo de las páginas anteriores. Sin embargo, es de interés analizar un supuesto que, si bien no será de aplicación general, tampoco resulta extraño a la realidad, sobre todo en el caso de sociedades con fuerte peso de bienes inmuebles entre sus activos: nos referimos al supuesto en el que la sociedad absorbida haya experimentado un fuerte incremento en el valor de alguno de sus activos sin que tal circunstancia se vea plasmada en su balance. El valor teórico de las acciones seguirá siendo el mismo; no obstante, los socios serán conocedores de tal circunstancia y la reflejarán en el precio de venta de dichas acciones, que subirá muy por encima del valor resultante del balance. En este contexto, es perfectamente posible que la sociedad absorbente haya pagado por su participación una cifra muy superior al valor teórico de la misma.

Supongamos que el día 2 de enero de 1995 se constituye «Y, S.A.», mediante la aportación por varios socios personas físicas de un terreno rústico valorado en 1.000 u.m. En aras de una mayor facilidad de comprensión se simplificará al máximo el balance, por lo que prescindiremos de la eventual inclusión de la sociedad en el régimen de transparencia fiscal.

BALANCE DE «Y, S.A.»			
Terrenos .....	1.000	Capital social .....	1.000

El día 1 de julio de 1995, el terreno es recalificado como urbano, por lo que pasa a tener un valor de mercado de 5.000 u.m. Esta incidencia no tendrá repercusión en el balance de la sociedad.

El día 2 de enero de 1996, «X, S.A.», sociedad ya existente, compra a los anteriores socios la totalidad del capital social de «Y, S.A.». Éstos, conocedores de la recalificación de los terrenos propiedad de la sociedad, repercuten el nuevo valor en el precio de las acciones, por lo que «X, S.A.» debe desembolsar 5.000 u.m. Obviamente, esta operación no tiene repercusión de ningún tipo en la contabilidad de «Y, S.A.». Por su parte, la sociedad adquirente reflejará la entrada de un activo financiero por valor de 5.000 u.m. en su balance.

El día 2 de enero de 1999, «X, S.A.», propietaria del 100% del capital social de «Y, S.A.», procede a su absorción.

Por aplicación del régimen general expuesto, la tributación de la absorción sería la siguiente:

**«Y, S.A.»:**

Valor de mercado del activo .....	5.000
Valor neto contable del activo .....	1.000
Base imponible .....	4.000
Cuota al 35% .....	<b>1.400</b>

**«X, S.A.»:**

Valor de mercado recibido .....	5.000
Coste de adquisición participación .....	5.000
Base imponible .....	0
Cuota al 35% .....	0

Aparentemente, no se aprecia exceso de tributación. Sin embargo, un análisis más detallado prueba que sí se da tal exceso. En efecto:

- a) No puede olvidarse que, ya antes de la absorción, «X, S.A.» es propietaria del 100% de «Y, S.A.». Dicho de otro modo, el coste fiscal atribuido a «Y, S.A.» -1.400 u.m.- repercutirá en definitiva en «X, S.A.». Y esto no tiene ningún sentido por cuanto, de hecho, esta sociedad había pagado el solar a su valor actual de mercado, a través de la compra de las acciones. Por lo tanto, se está haciendo tributar por un beneficio que no ha existido: la sociedad absorbente tendrá en su balance un activo -terreno- que vale 5.000 u.m., en lugar de otro activo -financiero- que valía 5.000 u.m., y por el que pagó exactamente 5.000 u.m. No existe plusvalía.
- b) Si la sociedad absorbente enajenase al día siguiente de la operación dicho terreno por su valor de mercado -5.000 u.m.-, habría obtenido un resultado cero, por el que habría tenido que pagar 1.400 u.m. de impuestos sobre una supuesta plusvalía. Situación que no merece más comentarios por opuesta a todos los principios inspiradores del ordenamiento fiscal.
- c) Quienes realmente se benefician de la recalificación de los terrenos son los anteriores socios de «Y, S.A.», que pasaron de tener un activo valorado en 1.000 u.m. a venderlo en 5.000 u.m. La plusvalía real se produce en la venta de esas acciones. Y, de hecho, los socios habrán tributado en sus impuestos personales por dicha plusvalía. Es decir, volvemos a encontrarnos ante un supuesto de doble imposición: una sola plusvalía -generada por una recalificación de terrenos- provoca dos liquidaciones impositivas, ambas por el total del beneficio -4.000 u.m.-.

Sentado lo anterior, resulta obvia la necesidad de establecer un mecanismo de rectificación para ese exceso tributario. Cabe, pues, preguntarse sobre la posibilidad de aplicar al presente caso la deducción por doble imposición del artículo 28.

De la lectura detallada del citado precepto no se desprende ningún apartado que excluya tal aplicación al supuesto estudiado. Así, el punto 4, que es el que define dichas exclusiones, no contiene en ninguno de sus párrafos referencia alguna a las operaciones de fusión por absorción.

Por otra parte, como se ha expuesto, es evidente que en el caso analizado se produce un exceso impositivo que debe ser corregido, de acuerdo con la propia filosofía del impuesto. En este sentido se pronuncian DÍAZ YANES, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, TOMÉ MUGURUZA y UCELAY SANZ en su obra *Guía del Impuesto sobre Sociedades* (Ed. CISS, 1995, págs. 465 y 466), cuando exponen:

«La deducción por doble imposición de dividendos va a operar, también, cuando como consecuencia de la disolución de una entidad no se genera renta gravable para los socios.

(...)

Se corrige de este modo de forma indirecta el exceso de imposición que se produjo cuando se gravaron las plusvalías (...) en la transmisión de la participación».

En conclusión, debe entenderse que la deducción para evitar la doble imposición es aplicable al presente caso, por un importe igual al 100% de la cuota soportada por la operación, de tal modo que el efecto fiscal agregado será cero, en cuanto a las sociedades intervinientes. En definitiva, los únicos que soportarían carga tributaria serían los socios iniciales de la sociedad absorbida, por la venta de sus participaciones a precio superior al de adquisición, tal y como por otra parte parece lógico y elemental.

### *1.6. Conclusiones.*

Antes de abandonar al capítulo dedicado al régimen general, y por las repercusiones que tendrán en el análisis del régimen especial, objeto prioritario del presente estudio, resulta del máximo interés dejar sentadas de manera concisa las conclusiones que se desprenden de lo expuesto hasta el momento:

- 1.º En la sociedad absorbente se produce una renta, susceptible de ser integrada en la base imponible del impuesto, determinada por la diferencia entre el valor de mercado de los bienes recibidos en la operación y el valor contable de su participación en la absorbida.
- 2.º Si la diferencia anterior arroja signo negativo, como consecuencia de la acumulación de pérdidas en la sociedad absorbida, dicho resultado minorará la base imponible de la absorbente, sin que sea óbice para ello la insuficiencia en la dotación a la provisión por depreciación de valores.
- 3.º En la sociedad absorbida, se integrará en la base imponible del impuesto la diferencia entre el valor de mercado de los bienes transmitidos y su valor neto contable.
- 4.º Es aplicable al presente caso la deducción para evitar la doble imposición interna prevista en el artículo 28 de la Ley del Impuesto.
- 5.º Asimismo, es aplicable dicha deducción aun en el caso de que no se produzca renta gravable en la sociedad absorbente, como consecuencia de haber adquirido su participación a un precio tal que refleje los valores de mercado de los activos que posee la sociedad transmitente.

## **2. Régimen especial.**

Sentado lo anterior, y tal como se expuso al principio del presente estudio, la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece un régimen especial para las operaciones de fusión, recogido en los artículos 97 y siguientes. Dicho régimen persigue la consagración para este tipo de operaciones del principio de neutralidad, tal y como viene definido en la Exposición de Motivos de la Ley:

«El principio de neutralidad exige que la aplicación del tributo no altere el comportamiento económico de los sujetos pasivos, excepto que dicha alteración tienda a superar equilibrios ineficientes del mercado. Bien se comprende que el principio de neutralidad responde al objetivo económico de la eficacia en la asignación de los recursos económicos. Sin embargo, **aunque de naturaleza económica, enlaza perfectamente con los principios constitucionales de generalidad e igualdad, de aquí que conforme el eje de la presente Ley**».

En definitiva, se pretende que, a los solos efectos fiscales, la operación de fusión quede incluida en un paréntesis, de tal modo que se produzca una conexión entre el antes y el después de la misma; ello se plasmará posponiendo las eventuales tributaciones al momento en que se manifiesten al exterior los beneficios por revalorización de activos, sin considerar, por consiguiente, a estos efectos la existencia de una alteración patrimonial en la propia operación. Como puede apreciarse, se continúa con la reforma iniciada mediante la Ley 29/1991.

Sin perjuicio del análisis que sigue, parece incuestionable como definición primera la imposibilidad de que el régimen especial, en su aplicación a un supuesto tipo, suponga una tributación presente superior a la derivada del régimen general. Y ello por dos motivos: en primer lugar, porque al tratarse de un régimen optativo en virtud del artículo 110, en caso de derivarse una tributación superior es obvio que el sujeto pasivo renunciaría al mismo; y, en segundo lugar, por reducción al absurdo: no tendría ningún sentido la existencia de un régimen especial a la luz de las motivaciones expuestas -neutralidad impositiva- si su aplicación conllevara un mayor coste fiscal que el resultante del sometimiento al régimen general. Estaríamos ante una manifestación de ineficiencia por parte del legislador.

Procede, por tanto, analizar de modo pormenorizado los referidos artículos en lo que atañe al objeto de este estudio.

### *2.1. Notas definatorias: artículos 97 a 102.*

El artículo 97 se ocupa de definir las operaciones a las que es de aplicación el régimen especial. En lo que nos ocupa, basta con la lectura del apartado 1 c, del citado artículo para comprobar la inclusión en el mismo de nuestro supuesto:

«Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

(...)

Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su liquidación sin disolución, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social».

El artículo 98 establece la no integración en la base imponible del impuesto de las plusvalías generadas por las operaciones sometidas a este régimen, delimitando determinados supuestos en función del territorio de ubicación, tanto de los sujetos intervinientes como de los bienes transmitidos. Partiendo de que analizamos una operación entre sociedades españolas, radicadas en territorio nacional, y cuyos activos se encuentran igualmente en territorio español, la norma a aplicar establece la no integración en la base imponible de las eventuales plusvalías.

Lo anterior, más que concretar la neutralidad fiscal de la operación, no pasa de eximir de tributación a los incrementos de patrimonio generados por la fusión. Por ello, el artículo 99 cierra el ciclo de la neutralidad al fijar el criterio de valoración de los bienes recibidos como consecuencia de la operación:

«Los bienes y derechos adquiridos mediante las transmisiones derivadas de las operaciones a las que haya sido de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior se valorarán, a efectos fiscales, por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 15.11 de esta Ley. Dichos valores se corregirán en el importe de las rentas que hayan tributado efectivamente con ocasión de la operación».

Es decir, la fusión por absorción no genera cuota tributaria por las eventuales plusvalías en los activos de la entidad absorbida (artículo 98), ni permite la actualización de los valores de dichos activos (artículo 99). Se perfecciona de este modo el paréntesis a que anteriormente se hizo mención, que encierra a la fusión, conectando de modo directo el antes y el después de la misma, y posponiendo la tributación de las eventuales plusvalías en los activos al momento en que se verifique la salida de éstos del patrimonio de la sociedad adquirente.

La reiterada neutralidad se completa mediante el artículo 102, que aplica el mismo criterio para los socios de la sociedad absorbida:

«No se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la entidad transmitente siempre que los mismos sean residentes en territorio español (...).

Los valores recibidos en virtud de las operaciones de fusión, absorción y escisión, total o parcial, se valoran, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este impuesto, o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda.

Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados».

Es decir, no se computa el beneficio que pudiera suponer la diferencia entre el valor de las acciones de la sociedad absorbente que reciben los socios de la absorbida y el coste de adquisición de las entregadas por estos últimos; pero paralelamente se impone su valoración fiscal según la que tenían las acciones o participaciones entregadas. Igualmente, conservan la antigüedad de estas últimas.

Todo lo anterior puede cuantificarse de la siguiente manera:

«Y, S.A.» fue constituida el día 1 de enero de 1996, por los siguientes socios y con las aportaciones que se indican -como se verá posteriormente, el ejemplo numérico que sigue se encuentra incluido en los supuestos contemplados en el artículo 103 de la Ley. No obstante, el resultado final no se verá alterado por el mismo-:

Sr. A	10%	Capital social .....	100 u.m.
Sr. B	10%	Capital social .....	100 u.m.
Sr. C	10%	Capital social .....	100 u.m.
«X, S.A.»	70%	Capital social .....	700 u.m.

A 31 de diciembre de 1998 el balance de la sociedad arroja un activo de 1.000 u.m. y un neto patrimonial por el mismo importe. No obstante, el valor real de los activos asciende a 5.000 u.m.

El día 2 de enero de 1999 se aprueba la fusión por absorción de «X, S.A.» sobre «Y, S.A.». Para ello, la absorbente ampliará su capital social con objeto de entregar acciones propias a los señores A, B y C, socios de la absorbida. Lógicamente, tras proceder a efectuar los cálculos necesarios para obtener la ecuación de canje, se determinará la entrega de acciones de «X, S.A.» por un valor equivalente al que resulta de actualizar el balance de la sociedad absorbida en función del valor real de sus activos.

En virtud del artículo 102 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, los señores A, B y C no tributarán por la diferencia entre el valor de las acciones recibidas y el nominal -por desembolso a la constitución de la sociedad- de las entregadas, como resultaría de la aplicación del régimen general. Paralelamente, las primeras conservarán, a efectos fiscales, el valor y la antigüedad de las segundas, con independencia de cuál sea su valor real.

De acuerdo con el artículo 98 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, «X, S.A.» no integrará renta alguna en su base imponible como consecuencia de esta operación, aunque de hecho reciba unos activos que han multiplicado por cinco su valor histórico. De igual modo, tampoco tendrá repercusión en la base imponible de «Y, S.A.».

En virtud del artículo 99 de la Ley, la sociedad absorbente «X, S.A.» incorpora a su patrimonio a efectos fiscales los activos recibidos por el valor histórico con el que figuraban en el balance de «Y, S.A.» -1.000 u.m.- a pesar de que realmente valen más -5.000 u.m.-.

Es obvio que la tributación se pospone al momento en que, bien los socios anteriores, bien la sociedad absorbente, enajenen los activos recibidos en la fusión:

Supongamos que las acciones que «X, S.A.» entrega a los señores A, B y C tienen un valor real de 500 u.m., en lugar de las 100 u.m. que éstos desembolsaron al constituir la sociedad. Como queda dicho, los señores A, B y C no tributarán al recibir estas acciones, a pesar de la evidencia de la plusvalía obtenida. Sin embargo, si al día siguiente de recibirlas proceden a su enajenación por el mismo valor -500 u.m.-, en ese momento se produce un incremento de patrimonio sometido a tributación.

De modo similar, podemos suponer que la sociedad absorbente proceda a la venta de los activos recibidos por su valor de mercado -5.000 u.m.- al día siguiente de perfeccionarse la fusión. En ese momento se genera la plusvalía sometida al Impuesto sobre Sociedades.

Es decir, se confirma que las plusvalías no quedan de hecho exentas, sino pospuestas: la operación de fusión se lleva a cabo mientras el sistema fiscal «mira hacia otro lado».

## 2.2. El artículo 103 de la Ley.

Todo lo expuesto hasta el momento en relación con el régimen especial no plantea excesivos problemas. Sin embargo, el desembarco en el artículo 103 de la Ley va a ocasionar una dificultad interpretativa, resuelta hasta la fecha por la Administración de un modo, a nuestro juicio, erróneo y que incurre en graves incoherencias.

El citado artículo 103 se centra en analizar los supuestos en los que existe participación entre las sociedades intervinientes, ya sea de la absorbente en la absorbida, o viceversa, o ambas simultáneamente; todo ello, como es obvio, con carácter previo a la operación.

El apartado primero establece la no sujeción de las alteraciones patrimoniales producidas, de manera paralela a lo que ya se ha expuesto:

«Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos un 5 por 100, no se integrará en la base imponible de aquélla la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente, ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa.

En este supuesto no se aplicará la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos, respecto de las reservas referidas en el apartado anterior».

Seguidamente, continuando con el esquema fijado, el apartado tercero del mismo artículo cierra el ciclo estableciendo el criterio de valoración de los activos recibidos de acuerdo con el artículo 99; es decir, por el valor con el que figuraban en el balance de la sociedad absorbida.

Hasta aquí, todo parece coherente con la filosofía del régimen especial, y viene a coincidir con el mecanismo fijado por los artículos 98 y 99 de la Ley, ya analizados anteriormente.

No obstante, vuelve a plantearse el problema cuando analizamos el mismo supuesto a que se hizo mención al final del capítulo dedicado al régimen general: ¿Qué sucede cuando el coste de adquisición de la participación que tiene la absorbente en la absorbida es superior a su valor teórico según balance? Más en concreto: ¿Cómo debemos proceder, según la Ley del Impuesto, si ese mayor valor de adquisición responde al reflejo en el precio de la participación de un incremento de valor en los activos?

Volvamos a un ejemplo numérico que facilite la comprensión de los efectos. Como ya se refirió anteriormente, simplificaremos los balances societarios para centrarnos en los aspectos que afectan a la cuestión analizada. Para ello, dejaremos al margen los eventuales sometimientos al régimen de transparencia fiscal.

«Y, S.A.» se constituye el 2 de enero de 1994 mediante la aportación de un solar valorado en 1.000 u.m. por cuatro socios personas físicas, copropietarios del mismo a partes iguales. Prescindiremos de cualquier movimiento posterior, por lo que a 31 de diciembre de 1995 el balance sigue siendo el mismo:

ACTIVO		PASIVO	
Inmovilizado material .....	1.000	Capital social .....	1.000

El día 2 de enero de 1996, dicho solar es recalificado, por lo que se estima que experimenta una revalorización hasta 5.000 u.m. Obviamente, el balance continúa igual, ya que no se da ningún supuesto que requiera alteración en el mismo.

El día 3 de enero de 1996, «X, S.A.» adquiere el 100% del capital social de «Y, S.A.» mediante la compra de todas sus acciones a los anteriores accionistas. Éstos, concedores de la nueva calificación del solar, fijan el precio de las acciones en 5.000 u.m., precio que es aceptado por la sociedad compradora, efectuándose la operación.

Los efectos fiscales que por la misma se producen son:

- a) En los accionistas vendedores: incremento de patrimonio sujeto a IRPF.
- b) En la sociedad cuyas acciones se transmiten -«Y, S.A.»-: no existe consecuencia alguna.
- c) En la sociedad compradora: entra en su balance un activo financiero valorado en 5.000 u.m.

El día 2 de enero de 1999 se acuerda la fusión entre ambas sociedades mediante la absorción de «Y, S.A.» por parte de «X, S.A.», propietaria del 100% de su capital social.

En virtud del régimen especial analizado, no se integrará en la base imponible del impuesto renta alguna (art. 103.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), **y el solar adquirido reemplazará en el balance de «X, S.A.» a la cuenta de activos financieros por el valor con el que figuraba en el balance de la sociedad absorbida.** Obviamente, se está generando una pérdida contable, ya que se sustituye un activo de 5.000 u.m. por otro de 1.000 u.m. Cabe plantearse ante esta situación una triple pregunta:

- 1.º ¿Dónde se contabiliza dicha pérdida que, de hecho, no es real?
- 2.º Si fiscalmente se consagra la ficción de mantener el valor histórico del activo, ¿puede la sociedad deducir la pérdida «ficticia» resultante de la diferencia de dichos valores?
- 3.º Si la respuesta a la cuestión anterior es negativa, ¿cómo se elude la imposición que podría generarse sobre un beneficio inexistente en caso de venta posterior del activo? Supóngase que la sociedad absorbente procede a la venta del solar en 5.000 u.m. De hecho no ha existido beneficio ya que ese mismo precio fue el que se pagó por las acciones. Sin embargo, se genera en ese momento en el balance una plusvalía de 4.000 u.m. -precio de venta menos coste histórico por el que figuraba el activo en el balance de la absorbida- que entraría a formar parte de la base imponible del impuesto.

En nuestra opinión, el farragoso y complejo párrafo segundo del artículo 103.3 de la Ley viene a responder adecuadamente a la triple cuestión planteada:

«Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5 por 100, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico se imputará a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración, y la parte de aquella diferencia que de acuerdo con la valoración citada no hubiera sido imputada, será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la décima parte de su importe (...)».

Como se anticipó y detallaremos posteriormente, pensamos que en el texto transcrito se encuentra, un tanto emboscada, la solución al problema planteado. Sin embargo, no es ésta la tesis defendida hasta la fecha por la Administración.

### 2.2.1. Interpretación de la Dirección General de Tributos.

La frecuencia con que puede producirse la situación descrita, unida a la complejidad de redacción del párrafo citado, ha hecho que a pesar de la relativa juventud de la Ley 43/1995 hayan sido varias las consultas planteadas y resueltas por la Dirección General de Tributos.

En todas ellas, el órgano consultado ha mantenido la misma tesis, que podría resumirse de la siguiente manera:

Cuando el coste de adquisición de las acciones supere el valor teórico de las mismas, es decir, cuando se paga por ellas un precio superior a su valor contable, puede obedecer a dos motivos: bien en el balance los activos se encuentran infravalorados, o bien se está pagando un sobreprecio en función de unas expectativas de futuro -fondo de comercio...-. Para delimitar uno y otro motivo, el exceso se imputará inicialmente al valor de los activos, hasta alcanzar un valor de mercado. La parte de exceso que aún permaneciere, en su caso, se estimará como inmovilizado inmaterial y se podrá amortizar fiscalmente en un mínimo de diez años. Sin embargo, la elevación del valor de los activos hasta alcanzar los niveles de mercado no tendrá eficacia fiscal, ni frente a las sucesivas cuotas de amortización, ni frente a eventuales plusvalías por ventas posteriores.

Esta postura se refleja, entre otras, en las siguientes contestaciones a consultas formuladas:

«... los bienes y derechos adquiridos se valorarán, a efectos fiscales, por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación, siendo solamente deducible fiscalmente, con el límite anual máximo de la décima parte, el importe resultante de la diferencia positiva entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico que no sea imputable a los bienes y derechos adquiridos». DGT, 14-05-1996.

«El sujeto pasivo deberá imputar a los bienes y derechos adquiridos la parte de la diferencia aludida, hasta que los citados bienes y derechos alcancen un valor normal de mercado. La parte de la diferencia que no hubiese podido ser imputada, si la hubiera, será amortizable con el límite anual máximo de la décima parte de su importe. Los bienes y derechos adquiridos continuarán amortizándose sobre los valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, **de manera que la imputación de valor a los mismos no tiene ninguna eficacia fiscal. La misma regla se aplicará en relación a las posibles plusvalías o minusvalías derivadas de su transmisión**». DGT, 03-12-1996.

«La diferencia positiva entre el referido precio de adquisición y el correspondiente valor teórico que no deba ser imputado a los bienes y derechos de las sociedades dependientes de la referida entidad, será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la décima parte de dicho importe». DGT, 22-09-1997.

«En el supuesto planteado, los bienes y derechos adquiridos se valorarán a efectos fiscales por los mismos valores que tenían en la transmitente antes de realizarse la operación.

La imputación de valor a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración, **no tiene eficacia fiscal. Los bienes y derechos adquiridos continuarán amortizándose sobre los valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación. La misma regla se aplicará en relación a las posibles plusvalías o minusvalías derivadas de su transmisión**». DGT, 06-04-1998.

#### 2.2.2. Análisis crítico de la tesis de la Administración.

Parece incuestionable la firmeza con que la Administración Tributaria se posiciona ante la problemática definida. Desde ese punto de vista resulta cuando menos improbable un cambio en su planteamiento.

Sin embargo, entendemos que los argumentos vertidos por la Dirección General de Tributos tan reiteradamente adolecen de falta de rigor, incoherencia y olvido de los principios elementales que deben regir el sistema tributario.

En primer lugar, ausencia de rigor. En efecto, en repetidas ocasiones las respuestas transcritas inciden en que la imputación del valor de mercado a los bienes transmitidos no tiene ninguna eficacia fiscal. Por más que se busque en la redacción del artículo 103.3, tal aseveración no aparece reflejada. Más bien al contrario, el primer párrafo del citado artículo define que se trata de establecer criterios de valoración, mediante la remisión al 99. La existencia de un segundo párrafo deja ver la intención del legislador de puntualizar la afirmación general del primero, pero siempre dentro del contexto temático que en el mismo se aborda, y que no es otro que los criterios de valoración a efectos fiscales.

En segundo lugar, hemos calificado la postura administrativa de incoherente en sí misma. Y esto es así porque no se encuentra razón alguna para atribuir validez fiscal a la parte de exceso imputable a inmovilizado inmaterial y rechazar esa misma virtualidad para la parte de exceso correspondiente a la actualización de los valores de los activos. Si en la primera de nuestras críticas acusábamos de falta de hilazón entre un párrafo y otro de un mismo artículo, en ésta se aprecia idéntica ausencia dentro del mismo párrafo. Es decir, sin apoyo ninguno en la redacción legal, se está desajando una parte del texto, privándole de todo su sentido.

Por último, se aprecia en el órgano consultado una amnesia respecto de los más elementales principios inspiradores del sistema fiscal, cuales son el de capacidad de pago y no confiscatoriedad. En efecto, como ha quedado expuesto en apartados anteriores, la aplicación del criterio sostenido por la Administración lleva, sin duda de ningún género, a exigir tributación sobre un beneficio inexistente. Retomando el ejemplo numérico anterior, piénsese en el supuesto de que la operación descrita fuese la única llevada a cabo por la sociedad en el ejercicio. Si la compra de las acciones se realizó en 5.000 u.m., y la venta de su único activo se lleva a cabo en el mismo importe, es evidente que el resultado del ejercicio es cero. Sin embargo, la ficción introducida por la tesis de la Administración llevará a tributar por la diferencia entre el precio de venta y el valor histórico del activo en la contabilidad de la absorbida. En consecuencia, la cuota del Impuesto sobre Sociedades generará por sí sola un resultado negativo. No se está pagando en función de la capacidad económica -que en el presente caso sería cero-, y se está provocando vía impuestos directos una disminución del valor del patrimonio de la sociedad por debajo de la cifra de capital. Es un paradigma de los que se denominan situación confiscatoria. Idéntica argumentación cabe si, en lugar de proceder a la venta del activo, éste permanece en el patrimonio social; en efecto, si las cuotas de amortización se calculan aplicando el porcentaje correspondiente sobre el valor histórico, es incuestionable que por más años que el bien permanezca en poder de la sociedad, ésta nunca alcanzará a recuperar a través de la amortización el coste real de adquisición.

### 2.2.3. Una interpretación alternativa.

Tras la lectura de todo lo expuesto, resulta fácil deducir nuestra interpretación alternativa al artículo 103.3 de la Ley del Impuesto.

En nuestra opinión, el referido artículo debe interpretarse en el sentido más directo desde su propia redacción, sin pretender buscar algo que evidentemente no dice. En consecuencia, y en esto coincidimos plenamente con la Administración, la diferencia positiva entre el coste de adquisición de unas acciones y su valor teórico puede deberse a la existencia de unas expectativas favorables de negocio futuro, que constituiría un activo inmaterial, o bien a una infravaloración de los activos de la sociedad en su propio balance -fundamentalmente se tratará de inmuebles-, ya sea por el mero transcurso del tiempo, ya sea por cualquier circunstancia externa que incremente su valor.

En cualquier caso, lo cierto es que el comprador de las acciones cuyo precio se ha visto incrementado paga por ellas una cantidad -real y cuantificable- que de ningún modo puede caer en el olvido. Como ya vimos, cuando el supuesto es el inverso -bajo coste de adquisición de las acciones- la norma no establece la exención de los beneficios, sino su demora en el tiempo. De tal modo que, antes o después, el efecto tributario aflorará. Dicho de otro modo, las cantidades reales de compra y venta quedan «archivadas» pero nunca olvidadas. Por el mismo motivo, no puede permitirse la amnesia con respecto al precio real de adquisición cuando éste es superior.

En consecuencia, entendemos que el exceso que se produzca entre coste de adquisición de la participación y valor teórico debe ser computado en su totalidad a efectos fiscales; en la parte que se impute a inmovilizado inmaterial, a través del proceso de amortización; en la parte que se considere correspondiente a la actualización de valores en los activos, mediante su incorporación al «balance fiscal», tanto a efectos de determinar las nuevas cuotas de amortización como para el cálculo de las eventuales plusvalías o minusvalías.

Las razones que nos inclinan a pensar de este modo, si bien algunas de ellas reinciden en los argumentos de crítica a la tesis administrativa expuestos anteriormente, son las que siguen:

- 1.º La redacción del reiterado artículo 103.3 de la Ley del Impuesto así lo establece: el primer párrafo de dicho texto, en el que remite la valoración de los activos a la norma fijada por el artículo 99, define lo que constituye el supuesto general. Sin embargo, la existencia de un segundo párrafo denota la intención del legislador de contemplar un caso concreto -si no fuera así, poco sentido tendría este segundo párrafo-: el supuesto analizado. Y en el mismo se establece el criterio que acabamos de exponer. No está de más insistir, a este respecto, que el texto legal no diferencia grados o niveles de virtualidad fiscal según la causa a que obedezca el exceso entre coste de adquisición y valor teórico de las acciones o participaciones.
- 2.º El resultado obtenido de la aplicación de las tesis administrativas es, como quedó plasmado con anterioridad, contrario a los principios fundamentales de capacidad de pago y no confiscatoriedad. Por el contrario, de la postura que ahora defendemos se deriva un resultado práctico coherente con ambos principios y respetuoso con cualquier planteamiento en términos de justicia: se hace tributar a la sociedad por el beneficio real que obtenga de la operación, determinado por la magnitud más exacta y fiel que puede existir: la diferencia entre lo que cobra por la venta y lo que paga por la compra.
- 3.º En el caso de los activos no enajenados por la absorbente, es preciso que la sociedad pueda amortizar la totalidad de la inversión realizada; de lo contrario, la teoría contable y mercantil sobre la amortización carecería de todo sentido. Si el porcentaje de amortización se aplica sobre un valor inferior al coste real, dicho objetivo no se alcanzará nunca, ya en ninguna norma se prevé la posibilidad de continuar amortizando cuando las cuotas acumuladas alcancen el valor que se toma como base. Si, por el contrario, la actualización del valor del activo tiene eficacia frente a sucesivas amortizaciones, tal y como proponemos, se soslaya el defecto aludido.
- 4.º No estará de más recordar aquí las conclusiones extraídas de la primera parte de esta exposición. De acuerdo con ellas, y si no fuese de aplicación la postura que defendemos, se derivaría para la sociedad un resultado peor como consecuencia del régimen especial, en comparación con el régimen general. Resulta evidente la incongruencia de establecer una normativa específica para unas determinadas operaciones, con el objetivo claro de no entorpecer su puesta en marcha por motivos fiscales, si finalmente es negativa para el sujeto pasivo la aplicación de dicha normativa.

La posición expuesta, si bien como se ha visto se enfrenta radicalmente con la defendida por la Dirección General de Tributos, ha sido refrendada en diversas ocasiones por la doctrina. Cabe destacar por su rotundidad el comentario de DÍAZ YANES, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, TOMÉ MUGURUZA y UCELAY SANZ en su obra *Guía del Impuesto sobre Sociedades* (Ed. CISS, 1995, pág. 806):

«... la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico se imputará, en primer lugar, a los elementos recibidos de la transmitente cuyo valor contable sea inferior a su valor real y si hubiere exceso, éste se considera fondo de comercio a efectos fiscales, es decir, con independencia de cuál fuere la valoración contable **dicha diferencia se computará como gasto fiscal en la sociedad adquirente a través de la amortización de los elementos recibidos a los que se hubiese imputado aquélla o bien en décimas partes tratándose de un fondo de comercio**».

Se echa en falta una referencia a eventuales descensos en las plusvalías por enajenación; pero debe entenderse implícita su mención al aludir al aumento en las amortizaciones, ya que éste únicamente se genera mediante un mayor valor contable de los activos.

#### 2.2.4. Análisis comparativo: un supuesto numérico.

Trataremos de demostrar a continuación por medio de un supuesto cuantificado las consecuencias que se derivan para todas y cada una de las partes intervinientes en una operación de fusión por absorción, bajo la premisa de que el coste de adquisición de las acciones sea superior a su valor teórico, tanto en el régimen general del artículo 15 como en el especial recogido en los artículos 97 y siguientes, así como la incidencia que tiene la interpretación dada al artículo 103.3.

La sociedad «Y, S.A.» presenta a fecha 31 de diciembre de 1994 un balance con un solo activo -terreno- valorado en 1.000 u.m. En su pasivo tan sólo figura la cuenta de capital social, por el mismo importe. El día 2 de enero de 1995 el terreno es recalificado y pasa a tener un valor de mercado de 5.000 u.m. El día 3 de enero de 1995, «X, S.A.» desea adquirir la totalidad de las acciones de «Y, S.A.», para lo cual se pone en contacto con sus accionistas. Éstos, conocedores de la nueva calificación del terreno, fijan el precio de venta de las acciones en 5.000 u.m. La sociedad compradora «X, S.A.» acepta el precio y la operación se lleva a cabo con esa misma fecha.

Sin haber experimentado más variación en sus cuentas, el día 31 de diciembre de 1998 se acuerda la fusión de ambas sociedades mediante la absorción de «Y, S.A.» por parte de «X, S.A.», propietaria del 100% de su capital social. Dicha operación se formaliza el día 4 de enero de 1999. El día 5 de enero, «X, S.A.» vende el terreno a un tercero, por un precio de 5.000 u.m.

*Análisis económico:*

Previamente a determinar el tratamiento fiscal de las diferentes fases descritas, procederemos a analizar la repercusión real en términos de beneficios y pérdidas que en cada una de las partes intervinientes ha tenido la misma.

1. *Socios iniciales de «Y, S.A.»*: Los socios que constituyeron la sociedad luego absorbida desembolsaron inicialmente la cifra de capital, es decir, 1.000 u.m. Al vender las acciones de dicha sociedad, percibieron un precio de 5.000 u.m. En consecuencia, obtienen en la operación un **beneficio de 4.000 u.m.**
2. *Sociedad absorbida «Y, S.A.»*: La sociedad absorbida, en términos reales, no pasa de ser un mero vehículo, ya que ni desembolsa cantidad alguna -el terreno fue aportado por los socios- ni tampoco percibe cobro de ningún tipo -el terreno es vendido por la absorbente tras la fusión, y la venta de acciones, obviamente, no le afecta en términos de flujos de dinero-. Por lo tanto, la operación no le afecta en este sentido. **Resultado cero.**
3. *Sociedad absorbente «X, S.A.»*: A diferencia de la absorbida, esta sociedad sí experimenta movimientos económicos: en primer lugar, desembolsa 5.000 u.m. para adquirir las acciones de «Y, S.A.» a sus anteriores titulares. Después, vende el terreno en 5.000 u.m. Dado que éste era el único activo con que contaba la sociedad absorbida, y que en consecuencia tras su venta dicha sociedad queda sin contenido, en términos reales ha vendido lo que compró por el mismo precio. Para ella, la operación arroja un **resultado cero.**

SUJETO	VENTA	COMPRA	RESULTADO
SOCIOS «Y, S.A.» .....	ACCIONES	ACCIONES	+ 4.000
«Y, S.A.» .....	—	—	0
«X, S.A.» .....	TERRENO	ACCIONES	0

*Análisis fiscal en régimen general:*

Los socios de la entidad «Y, S.A.» han experimentado un incremento de patrimonio por la venta de sus acciones, cuantificado en 4.000 u.m., que se encuentra sometido a imposición directa, IRPF o Impuesto sobre Sociedades, según se trate de personas físicas o jurídicas.

*La entidad «Y, S.A.», absorbida, obtiene bajo el régimen general un incremento de patrimonio determinado por la diferencia entre el valor de mercado del terreno en el momento de la absorción y el valor neto contable del mismo en su balance; es decir, 4.000 u.m. (5.000 – 1.000). Por otra parte, de modo indirecto, a través de la participación del 100% que la absorbente poseía, se beneficia de la deducción por doble imposición, que alcanza a la totalidad de la cuota generada por la operación. Por lo tanto, la fusión no genera cuota tributaria.*

*La entidad «X, S.A.», absorbente, determinará su renta por la diferencia entre el coste de adquisición de su participación y el valor de mercado del terreno. Al ser ambos coincidentes, el resultado es cero. El valor del terreno queda actualizado en su balance. Posteriormente, la venta del terreno a un tercero ocasiona una variación patrimonial por la diferencia entre el precio de venta y su valor contable. Puesto que éste fue actualizado, el incremento de patrimonio vuelve a ser nulo.*

En consecuencia, tan sólo se ha generado cuota positiva para los socios de la sociedad absorbida que vendieron previamente su participación.

*Análisis fiscal en régimen especial:*

*Los socios de «Y, S.A.» no se ven alterados por este régimen, ya que la venta de las acciones se llevó a cabo antes de la fusión. Seguirán tributando por impuestos directos.*

*La sociedad absorbida no experimenta repercusión alguna en su base imponible, por aplicación del artículo 98 de la Ley del Impuesto.*

*La sociedad absorbente tampoco computa renta alguna por la fusión, en virtud del mismo artículo. El efecto que tenga la posterior venta del terreno variará en función de la interpretación que se otorgue al artículo 103.3:*

- a) Si se entiende que la Ley no autoriza la actualización de valores, obtendrá una renta positiva igual a la diferencia entre las 5.000 u.m. por las que vendió el terreno y las 1.000 u.m. por las que éste se encontraba contabilizado en la absorbida.*
- b) Si se admite la actualización del valor del terreno según mercado, no se produce renta al coincidir éste con el precio de venta.*

El efecto final comparativo queda resumido en el siguiente cuadro:

	<b>RESULTADO REAL</b>	<b>RÉGIMEN GENERAL</b>	<b>RÉGIMEN ESPECIAL SIN ACTUALIZACIÓN</b>	<b>RÉGIMEN ESPECIAL CON ACTUALIZACIÓN</b>
SOCIOS .....	+ 4.000	+ 4.000 x TG	+ 4.000 x TG	+ 4.000 x TG
ABSORBIDA .....	0	0	0	0
ABSORBENTE .....	0	0	+ 4.000 x 35%	0

Siendo TG el tipo de gravamen en imposición directa correspondiente a cada socio inicial de la entidad absorbida.

Como puede comprobarse, se obtienen dos conclusiones que refrendan la tesis defendida en el presente estudio: en primer lugar, que la aplicación del régimen especial de acuerdo con la interpretación que hace del artículo 103.3 la Administración Tributaria genera unas consecuencias incompatibles con el resultado real de la operación, ya que la sociedad absorbente debe tributar con un beneficio cero. En segundo lugar, la interpretación que se propone en este trabajo del citado artículo, no sólo es coherente con el resultado real en términos económicos, sino que coincide con el derivado de la aplicación del régimen general; esta última circunstancia no se da en la tesis de la Administración, hecho este que a nuestro modo de ver la priva de virtualidad.

## V. CONCLUSIÓN

Se decía en la introducción al presente estudio que la integración de nuestro país en las Comunidades Europeas ha impuesto la necesidad de facilitar los procesos de concentración empresarial y que, desde el punto de vista tributario, esta facilidad debe plasmarse en la búsqueda de la neutralidad fiscal para las operaciones de fusión.

El camino en busca de esta neutralidad ha sido ciertamente largo y no ha estado exento de errores bienintencionados por parte del legislador. Parece, no obstante, que la Ley 43/1995 ha encontrado una solución adecuada que, sin regalar nada a nadie -a diferencia de otros intentos no exime

de tributación sino que pospone ésta- libera de obstáculos fiscales a los procesos de concentración. Sería verdaderamente lamentable que la interpretación, a nuestro juicio excesivamente imbuida de ánimo recaudatorio, de la Administración Tributaria diera al traste con el objetivo marcado y, en nuestra opinión, logrado por la Ley.

Probablemente, será necesario que, pasados unos años, la Administración de Justicia se pronuncie al respecto.