

# Compensación de bases imponibles negativas en procesos de fusión

Análisis de la SAN de 3 de mayo de 2023, rec. núm. 524/2019

**Eduardo Sanz Gadea**

*Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado) (España)*

## Extracto

La presente colaboración aborda la compensación de bases imponibles negativas en los procesos de fusión al hilo del comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2023 (rec. núm. 524/2019), la cual ha modificado el criterio establecido en otra precedente. El nuevo criterio desborda la literalidad de la norma aplicable, sobre la base de una interpretación finalista, admitiendo que la norma restrictiva de la referida compensación opere, también, en sede de la entidad absorbente.

Publicado (en avance *online*): 17-11-2023

**Nota:** Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso. El autor agradece a Sílvia López Ribas sus valiosos comentarios.

**Cómo citar:** Sanz Gadea, E. (2023). Compensación de bases imponibles negativas en procesos de fusión (Análisis de la SAN de 3 de mayo de 2023, rec. núm. 524/2019). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 489, 132-148. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19687>

## 1. Supuesto de hecho

Los hechos relevantes fueron los siguientes:

- Una entidad (A), constituida en 1999, acumuló ingentes pérdidas, de manera tal que, en el balance cerrado a 31 de diciembre de 2007, ascendían a 8.025.846,92 euros, determinantes de unos fondos propios negativos de 7.914.310,94 euros. Esas pérdidas fueron financiadas mediante préstamos facilitados por el socio único, a la sazón, una entidad jurídica.
- Con fecha 9 de abril de 2008, A amplió su capital mediante la incorporación de los préstamos al capital.
- El mismo día, el socio de A transmitió su participación a una entidad dependiente del grupo fiscal 213/07, con el cual no tenía relación previa. Por tanto, A se integró en el grupo fiscal a partir de los periodos impositivos iniciados el 1 de enero de 2009.
- Con fecha 18 de mayo de 2009, tras ser saneada mediante una reducción de capital, A absorbió otra entidad del grupo fiscal, dependiendo las dos directamente de la entidad dominante, siendo calificada la fusión de carácter inverso. La operación se acogió al régimen fiscal especial.
- La entidad absorbida realizaba actividades cinematográficas que reportaban importantes beneficios. La entidad absorbente prestaba servicios de telemática y promoción de nuevas tecnologías en los sectores de informática, telemática y similares, que determinaron cuantiosas pérdidas.
- En el periodo impositivo de 2011, la entidad resultante de la fusión declaró una base imponible individual positiva de 6.753.197,28 euros y el grupo fiscal, una base imponible positiva, previa a la compensación de bases imponibles negativas, de 5.938.324,27 euros, que, tras la compensación de las negativas acumuladas por A en los periodos de 2000 a 2007, resultó nula.

En síntesis, un grupo fiscal adquirió una entidad con importantes bases imponibles negativas susceptibles de compensación, la cual absorbió otra entidad del grupo fiscal, generadora de importantes beneficios.

## 2. Doctrina del tribunal

La inspección tributaria rechazó la compensación de las bases imponibles negativas, en sede de la entidad absorbente, con base en una interpretación finalista del artículo 90.3 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS), en cuya virtud, la restricción prevista en el mismo versaría no solo respecto de las procedentes de las entidades transmitentes, sino también respecto de las existentes en las entidades adquirentes.

El supuesto de hecho de la restricción a la compensación de las bases imponibles negativas contenida en ese precepto versaba, literalmente, sobre las bases imponibles negativas de la entidad transmitente, esto es, de la entidad absorbida, siendo así que, en el caso, la compensación lo era de las bases imponibles negativas de la entidad adquirente, esto es, la entidad absorbente. Así lo argumentó el contribuyente y así lo había reconocido la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 1 de junio de 2017 (rec. núm. 500/2014 –NFJ067539–).

La admisión de la compensación creaba el riesgo de la doble compensación de la misma pérdida, esto es, en sede de la entidad absorbente y en sede del socio que transmitió la participación sobre la entidad absorbida.

La SAN de 19 de noviembre de 2009 (rec. núm. 614/2005 –NFJ091088–) había rechazado la compensación, en sede de la entidad absorbente, de las bases imponibles negativas de la entidad absorbida, por cuanto tal compensación ya se había producido a través del deterioro contable de la participación que la primera mantenía sobre la segunda. Esa doble compensación, argumentó la sentencia, iría en contra tanto de la filosofía del régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas, basada en la neutralidad, como de la propia del impuesto sobre sociedades (IS), que rechazaba el doble aprovechamiento de las mismas pérdidas. Esta sentencia fue confirmada por la del Tribunal Supremo (TS) de 14 de diciembre de 2011 (rec. núm. 558/2010 –NFJ091089–), en la que se lee que:

La base del IS se construye con carácter general sobre la conjunción de ingresos y gastos, siendo tal dicotomía la columna vertebral del sistema en orden a determinar cuál es la verdadera capacidad del sujeto pasivo, de tal forma que la realidad fiscal que contempla el impuesto es la de no incluir mayores ingresos de los que efectivamente hayan tenido lugar durante el ejercicio ni deducir mayores gastos que los efectivamente se hayan producido en el mismo ejercicio para obtener aquellos ingresos. Desde esta perspectiva, iría en contra de la propia esencia del sistema el que se permitiera introducir dos veces, aunque sea por vía indirecta, un mismo gasto.

La sala parecía encontrarse ante un dilema. La literalidad del artículo 90.3 del TRLIS no daba para rechazar la compensación de las bases imponibles negativas sufridas por la entidad absorbente, pero la admisión de tal compensación creaba un riesgo de doble aprovechamiento de la misma pérdida.

El dilema lo expresa paladinamente la sentencia indicando que:

Tenemos así, en definitiva, dos precedentes relevantes que deben ser considerados para la decisión del recurso y que nos conducen a soluciones distintas y contradictorias. Si seguimos el criterio de la Sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017), la respuesta que habríamos de dar sería favorable a la entidad recurrente, en el sentido de que el art. 90.3 del TRLIS no recoge el supuesto en el que las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encuentran en la entidad adquirente y pretenden compensarse con las bases positivas de la entidad transmitente. Y, en consecuencia, el fundamento de la regularización de la situación tributaria del contribuyente habría de ser rechazado. Si seguimos el criterio de la Sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) y de la STS de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011), la decisión sería favorable a la Administración, en el sentido de que el régimen especial no permite amparar en ningún caso situaciones de cómputo doble de deducciones o ventajas fiscales. Y, en consecuencia, el fundamento de la regularización de la situación tributaria del contribuyente habría de ser confirmado.

La sala resolvió el dilema aceptando el criterio de la inspección tributaria con base en los siguientes criterios:

- La no mención del tratamiento que deba darse a las bases imponibles negativas de la entidad absorbente en el artículo 90.3 del TRLIS no implica que deba aceptarse que esté permitido el doble aprovechamiento de estas.
- El principio de neutralidad que inspira el régimen fiscal de las operaciones de fusión y asimiladas rechaza que, frente a la compensación de las bases imponibles negativas, reciba un mejor trato la fusión inversa respecto de la directa.
- El doble aprovechamiento de las bases imponibles negativas es rechazado, igualmente, tanto desde la perspectiva de la estructura del IS como del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.
- Frente al argumento de que la inspección tributaria no había probado la doble compensación de bases imponibles negativas, advierte la innegable realidad de las pérdidas contables en sede de la entidad que era el socio primitivo de la entidad portadora de las bases imponibles negativas, esto es, la entidad absorbente.

Sobre la base de los argumentos precedentes, la sentencia declara que:

La quiebra de la neutralidad que inspira el régimen especial, de la estructura del IS o la del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos son consecuencias a las que inevitablemente conduce la interpretación que postula la entidad recurrente y que deben ser rechazadas por la sala siguiendo los precedentes de esta sala y del TS a que se ha hecho reiterada mención.

Se abre paso así la interpretación finalista del mencionado artículo 90.3 en el sentido propugnado por la Inspección tributaria.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente apuntar que el supuesto de hecho sobre el que versaron las citadas sentencias de la AN de 19 de noviembre de 2009 (rec. núm. 614/2005 –NFJ091088–) y del TS de 14 de diciembre de 2011 (rec. núm. 558/2010 –NFJ091089–), que inclinaron la balanza a favor de la decisión adoptada por la sentencia que se comenta, fue distinto del de esta última. En efecto, en el caso de aquellas sentencias, la doble deducción de la pérdida era efectiva y se producía en la misma entidad, esto es, la entidad absorbente, en tanto que, en el caso de la sentencia que se comenta, la doble deducción era potencial y se producía considerando, conjuntamente, la situación de dos entidades no pertenecientes al mismo grupo fiscal.

### 3. Comentario crítico

El aspecto económico de la operación se resume en la no tributación de las rentas derivadas de actividades económicas, realizadas con el soporte de un patrimonio no afectado por pérdidas precedentes, merced a las pérdidas sufridas en la realización de actividades económicas distintas realizadas, con el soporte de otro patrimonio, cercenado por tales pérdidas. Para resolver el caso, la sentencia ha desplegado una rica argumentación que ha discurrido por los caminos de la capacidad económica, la estructura de la imposición sobre el beneficio y, en fin, la filosofía que anima el régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas.

El aspecto económico de la operación y la argumentación de la sentencia abren el paso a la consideración de un abanico de cuestiones ligadas, todas ellas, a la adquisición de entidades con bases imponibles negativas pendientes de compensación:

- La imposición sobre el beneficio de las entidades y la doble imposición y desimposición.
- El papel y funciones de la norma limitativa de la asunción de bases imponibles negativas en los procesos de fusión.
- La asunción de bases imponibles negativas en el ámbito de los grupos fiscales.
- La relación con el conflicto en aplicación de la norma tributaria.
- La relación con el régimen fiscal de las operaciones de fusión.

Aun cuando los hechos se desarrollaron bajo la vigencia del TRLIS, se efectúa una consideración en relación con la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS.

### 3.1. La imposición sobre el beneficio de las entidades y la doble imposición y desimposición

Las sociedades son el instrumento a través de las cuales las personas físicas desarrollan actividades económicas, aportando capitales, bajo fórmulas de responsabilidad limitada por las deudas sociales, tratándose de sociedades capitalistas, que son las más comunes en el campo de lo económico. La diversificación y sofisticación de las actividades económicas ha dado lugar al nacimiento de los grupos de sociedades, en los que la relación de instrumentalidad se traba, propiamente, entre sociedades.

La imposición sobre el beneficio de las entidades crea doble imposición, sea por razón de la tributación de los dividendos o de las plusvalías derivadas de la transmisión de las acciones. Diversas técnicas se han instrumentado para eliminar o aliviar la doble imposición, generalmente, operando en sede de la tributación de los socios, sean personas físicas o jurídicas.

Del mismo modo, crea doble desimposición, en la medida en que las pérdidas sean compensables con los beneficios futuros, ya que estos no tributarán, en tanto que la transmisión de las acciones generará las minusvalías, reflejo de tales pérdidas. Mas se trata de una desimposición transitoria, ya que esos beneficios determinarán el reparto de dividendos o la tributación de las plusvalías derivadas de la transmisión de las acciones, a cuyo efecto las técnicas para eliminar la doble imposición suelen establecer las restricciones pertinentes.

La desimposición transitoria implica, cuando menos, un diferimiento de la imposición a voluntad del contribuyente que, bajo ciertas condiciones, puede devenir en una desimposición definitiva, particularmente, en el contexto de los grupos fiscales, lo que ha dado pie al fenómeno, puntual, de la adquisición de entidades con bases imponibles negativas susceptibles de compensación, realizadas con pura finalidad fiscal.

La primera norma que, con carácter general, intentó hacer frente a esas operaciones fue la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS, cuyo mandato fue recogido por el artículo 25.3 del TRLIS. Esta norma recorta el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas cuando se produzca un cambio en la mayoría de los participantes en el capital social y la entidad adquirida no hubiere realizado actividades económicas en los seis meses precedentes a aquel.

En el caso, se había producido ese cambio, pero, respecto de la no realización de actividades económicas, la sentencia no ofrece información esclarecedora, por más que en la misma se haya considerado como cuestión litigiosa la concurrencia del supuesto de hecho de la referida norma, lo que se explica porque:

La apelación al artículo 25.2 del TRLIS como fundamento de la regularización se efectuó con carácter subsidiario, como se infiere de los términos con que se expresó la Inspección en el acuerdo de liquidación y como el propio Tribunal Económico-

Administrativo vino a reconocer de modo expreso, [de manera tal que], una vez confirmada la interpretación del art. 90.3 del TRLIS, de la que se sirvió principalmente la Inspección para regularizar la situación tributaria del contribuyente, la actuación administrativa que es objeto de revisión debe considerarse ajustada a derecho sin necesidad de profundizar en la corrección de esa segunda vertiente de su motivación.

Con todo, se echa de menos una argumentación en torno al referido precepto debido a su evidente relación con el artículo 90.3 del TRLIS.

### 3.2. El papel y las funciones del artículo 90.3 del TRLIS

El debate jurídico discurrió sobre la interpretación del artículo 90.3 del TRLIS<sup>1</sup>. Este precepto trae causa de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (Directiva 90/434), cuyo artículo 5 reguló la asunción, por parte de la entidad adquirente, de los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente. Efectivamente, esa asunción era coherente tanto con el significado jurídico de la fusión como con el criterio de neutralidad que, a efectos fiscales, presidía el conjunto del régimen aplicable a la misma. Entre los derechos susceptibles de asunción se puede contar el relativo a la compensación de pérdidas fiscales.

El tenor literal de los dos preceptos es claro. Se refieren a la asunción, por parte de la entidad adquirente, de las pérdidas fiscales pendientes de la entidad transmitente. De aquí que la SAN de 1 de junio de 2017 (rec. núm. 500/2014 –NFJ067539–) entendiera que el artículo 90.3 del TRLIS:

no resulta de aplicación cuando las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encuentran en la entidad adquirente y se pretenden compensar con las bases positivas de la entidad transmitente, al no encajar este supuesto con la literalidad de la norma.

---

<sup>1</sup> Indica lo siguiente:

Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente.

Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación o las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor contable.

En el caso, la entidad transmitente no tenía bases imponibles negativas pendientes de compensación. Esas bases imponibles negativas cuya compensación se pretendía eran de la entidad adquirente. A pesar de ello, el acuerdo de liquidación razonó que:

en aplicación finalista del art. 90.3 del TRLIS, era indiferente el modo en que se llevara a cabo la operación de concentración empresarial, pues, con independencia de que la operación de fusión fuera directa o inversa y con independencia de cual fuera la entidad que el grupo decidiera que asumiera el papel de sociedad absorbida en dicha operación, lo que pretende el citado precepto es evitar la desimposición por el doble aprovechamiento de pérdidas que se puede producir tanto si la sociedad con bases imponibles negativas es la entidad absorbida como si es la sociedad absorbente.

La finalidad primordial del artículo 90.3 del TRLIS es permitir que las bases imponibles negativas pendientes de compensación en sede de la entidad transmitente sean asumidas por la entidad adquirente. El título del precepto es suficientemente significativo: «Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias». La subrogación se produce, necesariamente, en sede de la entidad adquirente respecto de los derechos y obligaciones pendientes de aplicación en la entidad transmitente. Tratándose de la compensación de bases imponibles negativas, la subrogación será de aquellas padecidas por la entidad transmitente.

Es cierto que el segundo párrafo establece una norma restrictiva de la subrogación en la compensación de bases imponibles negativas cuya finalidad es, ciertamente, evitar el doble aprovechamiento de pérdidas. Ahora bien, esa norma es vicaria de la relativa a la subrogación. Por tanto, técnicamente, ha de proyectarse, exclusivamente, en relación con las bases imponibles negativas de la entidad transmitente, pero no de aquellas de la entidad adquirente.

Dicho esto, los hechos parecían delatar que la operación proyectada podría conducir a la doble compensación de bases imponibles negativas, a saber, en sede del grupo fiscal, como así lo pretendía, y en sede de la entidad que transmitió la participación sobre la entidad absorbente.

### 3.3. La asunción de las bases imponibles negativas por los grupos fiscales

En la sentencia no se abordó la cuestión de la aplicación, en sede del grupo fiscal, de las bases imponibles negativas pendientes de compensación de las entidades que entran a formar parte de los mismos, seguramente porque no fue suscitada por la Inspección tributaria. Sin embargo, la adquisición de la participación sobre la entidad absorbente había determinado su integración en el grupo fiscal.

En el tiempo de los hechos, el artículo 74.2 del TRLIS establecía que:

Las bases imponibles negativas de cualquier sociedad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal podrán ser compensadas en la base imponible de este, con el límite de la base imponible individual de la propia sociedad.

Este precepto, cuyo contenido básico ya estaba recogido en el Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública, primera disposición que reguló el régimen de la consolidación fiscal, tiene por objetivo evitar la adquisición oportunista de entidades con bases imponibles negativas pendientes de compensación. Su finalidad directa, a diferencia de lo que pudiera entenderse respecto de los artículos 25.3 y 90.3 del TRLIS, no es evitar el doble cómputo de las bases imponibles negativas, aun cuando de su aplicación se derive, potencialmente, ese efecto.

El precepto parte de un supuesto endeble, a saber, que la actividad económica de la entidad que entra en el grupo fiscal se desarrollará en términos semejantes a como se venía realizando en los ejercicios precedentes. Ahora bien, nada impide que en tal entidad se ubiquen nuevas inversiones y actividades económicas. Precisamente esto es lo que ha sucedido en el caso de autos, ya que, en efecto, a través de la absorción, la entidad que entró en el grupo fiscal con bases imponibles negativas pendientes de compensación asumió el patrimonio y la actividad económica de la entidad absorbida que, precisamente, era determinante de importantes beneficios.

La consideración precedente suscita la sospecha de que la fusión hubiera podido tener una finalidad puramente fiscal, lo que situaría el debate jurídico en el ámbito del conflicto en aplicación de la ley tributaria.

### 3.4. La vía del conflicto en aplicación de la Ley general tributaria

La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) reconoció que la literalidad del artículo 90.3 del TRLIS no contemplaba el supuesto de hecho, pero observó que «en la lógica de las actuaciones mercantiles está que la sociedad económicamente potente absorba a la que tiene las pérdidas», de manera tal que lo contrario «sea económicamente extraño, aunque sea posible y sea jurídicamente válido». A juicio del TEAC, la absorción realizada quebraba esa lógica, con la consecuencia de la pretendida inaplicación del referido precepto que, sin embargo, sería restaurada mediante una interpretación finalista consistente en considerar que su mandato también es aplicable «a los casos en los que las bases negativas están en la sociedad absorbente», de manera tal que, mediante dicha interpretación, «no resulta necesario acudir a una declaración de conflicto en la aplicación de las normas».

La resolución del TEAC rehúye la aplicación del artículo 15 de la Ley general tributaria (LGT) con base en una interpretación finalista del artículo 90.3 del TRLIS. Sin embargo,

tanto la Inspección tributaria como la resolución del TEAC tal vez hayan podido rebasar la frontera de la interpretación de las normas atendiendo a su espíritu y finalidad. En efecto, el espíritu y finalidad del artículo 90.3 del TRLIS es impedir que la entidad absorbente haga suyo el derecho a la compensación de bases imponibles negativas que asistía a la entidad absorbida al objeto de evitar una potencial duplicación en la compensación, a cuyo efecto establece una regla que recorta tal derecho. Ahora bien, tal recorte se produce en relación con el derecho a la compensación asumido por la entidad absorbente en virtud de la subrogación por causa de la fusión, pero no respecto del derecho a la compensación preexistente a la fusión, en sede de la entidad absorbente.

Dicho esto, es lo cierto que, si la entidad portadora del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas hubiese sido la absorbida, hubiera sido, inapelablemente, aplicable la restricción a la compensación de bases imponibles negativas, prevista en el artículo 90.3 del TRLIS. Sin embargo, se produjo la fusión inversa, lo que podría procurar, pretendidamente, la doble compensación de las bases imponibles negativas.

Desde esta perspectiva, podría entenderse que el contribuyente habría frustrado la aplicación del artículo 90.3 del TRLIS, esto es, habría intentado su elusión. Bajo tal consideración, se estaría ante un supuesto de fraude de ley, cuya norma de cobertura sería la que ampara, mercantilmente, la fusión impropia y la eludida, el artículo 90.3 del TRLIS.

El fraude de ley, bajo la denominación de conflicto en aplicación de la ley tributaria, ha de ser combatido en los términos establecidos en el artículo 15 de la LGT. Como es sabido, se requiere que en los actos o negocios realizados para aminorar la base imponible concurren dos circunstancias, a saber, que:

individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido [y que] de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

La aminoración de la base imponible se produjo mediante la compensación de las bases imponibles negativas de periodos impositivos anteriores existentes en la entidad absorbente. Si la fusión no se hubiere realizado, la aminoración referida no se hubiere producido. Entonces, cabría preguntarse por la finalidad de la fusión. Para responder con solvencia se requiere un conocimiento absoluto de los hechos, más allá del que se deriva del relato que de los mismos se contiene en la sentencia. Hecha esta inexcusable salvedad, es posible, sin embargo, destacar algunas circunstancias que, eventualmente, hubieran podido situar el caso en el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LGT.

En este sentido, cabe resaltar que el objeto social de la entidad absorbente era «prestar servicios de telemática y promoción de nuevas tecnologías en los sectores de informática, telemática y similares», en tanto que la entidad absorbida había venido desarrollando

«la actividad de producción cinematográfica», ostentando «la titularidad de patentes y marcas del grupo».

Así pues, las entidades involucradas en la fusión desarrollaban actividades bien diversas. Ciertamente, la fusión no requiere similitud en las actividades realizadas por las entidades concernidas, pero, en el contexto del caso, la disimilitud puede constituir un indicio de que tal negocio podría estar motivado, en la medida que fuere, por la obtención de una situación fiscalmente favorable.

Un indicio del mismo tenor lo aporta la composición patrimonial de la entidad absorbente. En el día de adquisición de las acciones sobre la misma, disponía de un activo total de 7.807,96 euros y unos fondos propios constituidos por la diferencia entre 8.092.310 euros (capital) y 8.024.527,16 euros (pérdidas de ejercicios anteriores), habiéndose producido la fusión 40 días después, cifras que indican la escasa consistencia económica de la entidad absorbente, más allá de que las pérdidas sufridas, determinantes de las correspondientes bases impositivas negativas susceptibles de compensación, podrían nutrir la expectativa de sustanciales reducciones en los impuestos a pagar en ejercicios futuros, para lo cual habría de ubicarse en sede de dicha entidad una actividad económica relevante, superando así, adicionalmente, la barrera del artículo 74.2 del TRLIS.

Así pues, podría considerarse que la causa de la fusión, en cuanto resultado práctico perseguido, podría incluir la obtención de un «ahorro fiscal» mediante la reducción de la base imponible de ejercicios futuros por razón de la compensación de bases impositivas negativas. Efectivamente, esa fusión procuró la ubicación, en sede de la entidad recientemente adquirida, portadora de cuantiosas bases impositivas negativas generadas con anterioridad a dicha adquisición, de unas importantes actividades económicas del grupo. De aquí que la Inspección tributaria advirtiera que «en la lógica de las actuaciones mercantiles está que la sociedad económicamente potente absorba a la que tiene las pérdidas. Lo contrario, señala la Administración, es económicamente extraño, aunque sea posible y jurídicamente válido».

Ese argumento de la inspección tributaria podría llevar, antes que a una interpretación finalista del artículo 90.3 del TRLIS, consistente en entender comprendidas en su ámbito de aplicación tanto las pérdidas fiscales de la entidad absorbida como de la entidad absorbente, a apreciar que dicho precepto habría sido eludido, por cuanto los actos o negocios usuales o propios serían los constitutivos de la fusión reputada pertinente, esto es, aquella en la que la entidad económicamente débil hubiera sido la absorbida, en cuyo caso, aquel precepto hubiera cercenado la asunción de las bases impositivas negativas.

Ciertamente, frente a la conclusión precedente, podría alzarse la denominada «economía de opción», acuñada por Larraz, según la cual, los contribuyentes pueden escoger los negocios jurídicos que entiendan más ventajosos para sus intereses, entre ellos, los de naturaleza fiscal. Así, en el caso, se habría escogido realizar la absorción por parte de la entidad portadora de bases impositivas negativas con el objeto de proteger ese derecho. Sin

embargo, esas bases imponibles negativas no derivaron de pérdidas habidas en sede del propio grupo fiscal y, de ahí, la posibilidad de su doble aprovechamiento, lo que se reputó por la STS de 14 de diciembre de 2011 (rec. núm. 558/2010 –NFJ091089–) contrario a la propia esencia del sistema, esto es, al IS, lo que descartaría la economía de opción.

### 3.5. La neutralidad del régimen fiscal de las operaciones de fusión

La Inspección tributaria observó que:

Dado que la regulación del régimen especial persigue la neutralidad fiscal con independencia de la forma en que se lleve a cabo la fusión [...], no hay razón para entender que en materia de bases imponibles negativas la solución haya de ser distinta, de forma que las reglas de tributación del conjunto resultante de una fusión puedan diferir según que esta sea directa o inversa, teniendo en consideración que el resto de condiciones fiscales no van a diferir.

La Directiva 90/434 pretendió establecer un régimen de neutralidad, a cuyo efecto, como elemento principal, difería la tributación de las plusvalías puestas de manifiesto como consecuencia de la fusión hasta el momento de su realización. Secundariamente, en relación con las obligaciones y derechos fiscales, entre ellos el de compensar las pérdidas fiscales, la neutralidad exigía que las existentes en la entidad absorbida pudieran ser transmitidas a la entidad absorbente, lo que, en una fusión transfronteriza, implicaba que las pérdidas fiscales de la entidad absorbida pudieran ser compensables en sede del establecimiento permanente de la entidad absorbente nacido tras la fusión. Así se desprende de los artículos 5 y 6 de la referida directiva.

La Directiva 90/434, posteriormente sustituida por la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (Directiva 2009/133), no estableció normas restrictivas de la asunción de las pérdidas fiscales sufridas por la entidad absorbida por parte de la entidad absorbente. Ahora bien, esas normas, en los términos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referidas, básicamente, a las normas antiabuso de efecto transfronterizo, no irían contra el espíritu y finalidad del régimen fiscal previsto en dichas directivas en cuanto estuvieren dirigidas a combatir el fraude y la evasión fiscal y lo hicieren de manera adecuada y proporcionada.

Precisamente, este es el caso del artículo 90.3 del TRLIS. Este precepto versa sobre las pérdidas fiscales de la entidad transmitente y, por ende, la norma antiabuso que restringe su asunción por parte de la entidad adquirente va referida, literalmente, a esas pérdidas. Extender tal norma antiabuso a las pérdidas fiscales sufridas por la entidad absorbente no

violentaría los objetivos de las referidas directivas, de manera tal que un precepto que así lo estableciera no entraría en colisión con las mismas, aunque tampoco podría considerarse como un elemento necesario para su adecuada transposición.

La Directiva 90/434, posteriormente sustituida por la Directiva 2009/133, no contempló el régimen de las pérdidas fiscales de la entidad absorbente. Ahora bien, parece claro que la neutralidad exige su pervivencia tras la fusión, a menos que la finalidad principal de la misma fuere aprovechar la compensación de pérdidas no sufridas, sino adquiridas, de manera tal que una norma antiabuso que así lo estableciera no violentaría los objetivos de las referidas directivas, aunque tampoco podría considerarse como un elemento necesario para su adecuada transposición.

Cuestión distinta es que una operación de fusión, cuyo objetivo primordial sea la minoración de la base imponible del grupo fiscal, deba ser considerada como determinante de fraude o evasión fiscal y, por ende, no merecedora de la aplicación del régimen fiscal especial en los términos del artículo 96.2 del TRLIS, a cuyo tenor, «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal». Varias sentencias de los tribunales de justicia han abordado esta cuestión rechazando, mayoritariamente, la aplicación del régimen fiscal especial<sup>2</sup>.

En el caso que nos ocupa, la inaplicación del régimen fiscal especial hubiera determinado la aplicación del régimen general, de manera tal que las plusvalías latentes en sede de los activos de la entidad absorbida hubieran debido tributar, incluido un eventual fondo de comercio, mediante su integración en la base imponible de la entidad absorbida y, por ende, en la del grupo fiscal, en el periodo impositivo en el que se produjo la fusión. Como se ha visto, no fue este el camino seguido por la Inspección tributaria, seguramente porque la irregularidad advertida fue el disfrute inapropiado de la compensación de unas pérdidas fiscales no sufridas, sino adquiridas, por el grupo fiscal, potencialmente determinante de un doble cómputo, y de ahí que la regularización se limitara a rechazar la compensación de las bases imponibles negativas existentes en sede de la entidad absorbente.

### 3.6. El caso en el contexto de la Ley 27/2014

El artículo 84.2 de la Ley 27/2014, en lo que aquí interesa, reproduce lo previsto en el artículo 90.3 del TRLIS. En efecto, de una parte, ordena que:

---

<sup>2</sup> SSTs de 7 de abril de 2011 (rec. núm. 4939/2007 –NFJ042890–); de 26 de enero de 2012 (rec. núm. 2969/2008 –NFJ046107–); de 7 de junio de 2012 (rec. núm. 2660/2009 –NFJ091090–); de 27 de noviembre de 2012 (rec. núm. 613/2010 –NFJ091091–); de 16 de mayo de 2013 (rec. núm. 5683/2011 –NFJ091092–); de 16 de enero de 2014 (rec. núm. 390/2011 –NFJ053488–); de 23 de octubre de 2014 (rec. núm. 4178/2012 –NFJ084367–); de 26 de octubre de 2015 (rec. núm. 3455/2013 –NFJ091093–) y de 25 de enero de 2017 (rec. núm. 1980/2013 –NFJ066041–).

Se transmitirán la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente [y, de otra,] que, cuando la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a la participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor fiscal.

La norma es clara. Lo que se regula, literalmente, en el citado artículo 84.2 es la transmisión del derecho a la compensación de bases imponibles negativas desde la entidad absorbida a favor de la absorbente. Continúa, pues, el silencio respecto del derecho a la compensación de las pérdidas fiscales sufridas por la entidad absorbente.

Nótese que en la fusión por absorción no se crea una nueva entidad, sino que, simplemente, la entidad absorbente realiza la adquisición de un patrimonio, pagando mediante la emisión de nuevas acciones, excepto si las dos entidades están íntegramente participadas por el mismo socio, en cuyo caso, no es precisa tal emisión. Lo relevante es que, como consecuencia de la fusión, la entidad absorbente no realiza transmisión alguna.

La identidad entre el artículo 90.3 del TRLIS y el artículo 84.2 de la Ley 27/2014 llevaría a propugnar que este último merece, igualmente, una interpretación finalista que, superando su propia literalidad, abarcara también, por lo que se refiere a la restricción respecto de las bases imponibles negativas susceptibles de compensación, las habidas por la entidad absorbente. En suma, por causa de la fusión, la entidad absorbente vería recortada la cuantía de las bases imponibles negativas en el importe de la diferencia entre las aportaciones recibidas y el precio pagado por sus socios para adquirir la participación sobre ella, todo ello, con el respaldo de la SAN que se comenta.

Ahora bien, el entorno normativo se ha modificado, apreciablemente, en lo que afecta al escenario del conflicto. En efecto, tras la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (Real Decreto-Ley 3/2016), el artículo 21.6 de la Ley 27/2014 establece que no se integrarán en la base imponible las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación sobre una entidad que reúna los requisitos para disfrutar de la exención de dividendos y plusvalías. Consecuentemente, el doble cómputo de pérdidas, esto es, en sede de la entidad que las ha sufrido y en la de la entidad que transmitió la participación sobre ella, queda sensiblemente recortado. De esta manera, bajo el imperio de la legalidad vigente, aunque no decaiga el argumento de la Inspección tributaria, según el cual, «es absurdo pretender que el sistema fiscal ampare dobles imposiciones o dobles deducciones de la misma ganancia

o pérdida, porque ello va en contra de la estructura de los hechos y bases imponibles», se reduce sobremanera el espacio en el que puede operar.

Sin embargo, el mandato del artículo 84.2 de la Ley 27/2014 sigue en pie. Y es lógico que así sea, por cuanto su objetivo primordial no es, en realidad, evitar el doble cómputo de pérdidas, sino frustrar las estrategias de adquisición oportunista de entidades con bases imponibles negativas susceptibles de compensación. Cuestión distinta es que, derivadamente, pueda también neutralizar el doble cómputo de pérdidas.

El doble cómputo de pérdidas, como la doble imposición económica, es inherente a la imposición sobre los beneficios de las entidades, por más que se arbitren técnicas para evitar o morigerar una y otra. Así, por lo que se refiere a las pérdidas, el doble cómputo se evita, en ciertos supuestos, a modo de objetivo derivado de otro de mayor rango, esto es, el consistente en evitar los efectos del tráfico de entidades inviables con bases imponibles negativas susceptibles de compensación, ya que perturba la adecuada tributación de acuerdo con la renta efectivamente obtenida, en cuanto índice demostrativo de capacidad económica.

Este es el sentido del artículo 26.4 de la Ley 27/2014<sup>3</sup>. Este precepto reproduce el mandato del artículo 25.3 del TRLIS, pero incorporando dos modificaciones significativas.

---

<sup>3</sup> Cuyo tenor literal es el siguiente:

No podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de la entidad que hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

b) Las personas o entidades a que se refiere el párrafo anterior hubieran tenido una participación inferior al 25 % en el momento de la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

c) La entidad adquirida se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:

1.º No viniera realizando actividad económica alguna dentro de los tres meses anteriores a la adquisición.

2.º Realizara una actividad económica en los dos años posteriores a la adquisición diferente o adicional a la realizada con anterioridad, que determinara, en sí misma, un importe neto de la cifra de negocios en esos años posteriores superior al 50 % del importe medio de la cifra de negocios de la entidad correspondiente a los dos años anteriores. Se entenderá por actividad diferente o adicional aquella que tenga asignado diferente grupo a la realizada con anterioridad en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

3.º Se trate de una entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta ley.

4.º La entidad haya sido dada de baja en el índice de entidades por aplicación de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 119 de esta ley.

La primera consiste en desligar el importe de la pérdida del derecho a la compensación de bases imponibles negativas de la pérdida sufrida por la entidad transmitente de la participación. En efecto, esa pérdida se proyecta sobre la totalidad del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas.

La segunda consiste en fundamentar la pérdida del derecho a la compensación, además de a la no realización de actividades económicas en los tres meses precedentes al acto traslativo de la participación, al cambio en la naturaleza o clase de la actividad económica respecto de la que se venía realizando.

Las dos modificaciones denotan que lo que se desea evitar no es tanto el doble cómputo de las pérdidas fiscales como su aprovechamiento ilegítimo. Así, el doble cómputo podrá producirse cuando la entidad que haya sufrido las pérdidas fiscales continúe realizando, tras el acto traslativo de la participación, las mismas actividades que venía realizando, en el sentido de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, aun cuando la entidad transmitente de la participación haya podido sufrir una pérdida, fiscalmente computable, si bien, como se ha indicado, el campo de las pérdidas fiscalmente computables ha quedado muy reducido tras el Real Decreto-Ley 3/2016. En la práctica, la situación de doble cómputo de pérdidas, bajo la condición precedente, se producirá, básicamente, cuando la participación se adquiera de personas físicas o de un conjunto de entidades cuya participación individual no alcance el 5 %.

Así pues, el doble cómputo de pérdidas puede producirse en los términos expuestos. Lo que se combate por el artículo 26.4 de la Ley 27/2014 es el aprovechamiento ilegítimo, configurado sobre dos circunstancias, alternativas, referidas a la actividad económica realizada por la entidad adquirida.

Si se proyectan las previsiones de la Ley 27/2014 sobre el caso de la sentencia que se comenta, se advierte que, valga la redundancia, no habría caso, por cuanto, tras la absorción y a consecuencia de la misma, la entidad absorbente modificó la naturaleza de las actividades económicas que venía realizando al asumir las que venía realizando la entidad absorbida, presentándose así la circunstancia del artículo 26.4 c) 2.º de la Ley 27/2014, de manera tal que decaería el derecho a la compensación de bases imponibles negativas.

Podría argüirse, en un plano metalegal, que tal decaimiento, provocado por el cambio de actividades tras la fusión, desmerece la neutralidad del régimen fiscal de las operaciones de fusión y asimiladas, pero debiera tomarse nota de que aquel decaimiento se produce para evitar el aprovechamiento oportunista de pérdidas fiscales, protegiéndose así un principio superior, cual es el de tributación de acuerdo con la capacidad económica, manifestada a través de las rentas obtenidas.

En aquellos supuestos en los que no se produce, tras la fusión, un cambio en las actividades económicas de la entidad previamente adquirida, que interviene en calidad de

absorbente, el artículo 26.4 de la Ley 27/2014 no hará decaer el derecho a la compensación de bases imponibles negativas. Ese decaimiento, sin embargo, podría ser fundamentado en una interpretación del artículo 84.2 de la Ley 27/2014, del tenor de la sostenida por la sentencia que se comenta, respecto del artículo 90.3 del TRLIS.

Véase, pues, que la Ley 27/2014 ha traído un nuevo enfoque respecto de la problemática de las adquisiciones de entidades con bases imponibles negativas susceptibles de compensación, sin duda positivo, pero que no ha dado solución a todos los problemas que se plantean.

### 3.7. Conclusiones

Primera. La AN, en la Sentencia de 3 de mayo de 2023 (rec. núm. 524/2019 –NFJ090272–), abandona el criterio establecido en su Sentencia de 1 de junio de 2017 (rec. núm. 500/2014 –NFJ067539–) en relación con la interpretación del artículo 90.3 del TRLIS admitiendo que la restricción al derecho a la compensación de las bases imponibles negativas se proyecta tanto sobre las de la entidad absorbida como de aquellas de la entidad absorbente.

Segunda. Esa interpretación podrá proyectarse respecto del artículo 84.2 de la Ley 27/2014, habida cuenta de su identidad respecto del artículo 90.3 del TRLIS.

Tercera. El artículo 26.4 de la Ley 27/2014 establece una regla, concerniente al derecho a la compensación de bases imponibles negativas, que amplía el ámbito de los supuestos reputados irregulares. Esa regla sería aplicable a casos similares al que es objeto de la sentencia que se comenta.

Cuarta. La regla del artículo 26.4 de la Ley 27/2014 no rinde superflua la prevista en el artículo 84.2 de la misma ley por más que aligerará el elenco de los casos sometidos a este último.

Quinta. La regla del artículo 26.4 de la Ley 27/2014 aliviará la endeblez de la prevista en el artículo 67 e) de la misma ley, concerniente a la compensación de las bases imponibles negativas habidas con anterioridad a la entrada en el grupo fiscal.

Por último, la posición de la Inspección tributaria, confirmada por la AN, en relación con la problemática de la adquisición de entidades portadoras de bases imponibles negativas pendientes de compensación, tal vez ameritaría una modificación del artículo 84.2 de la Ley 27/2014 en el sentido de explicitar su aplicación respecto de la entidad adquirente en los procesos de fusión.