

PAUTAS A SEGUIR EN ARAS DE UNA DEBIDA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES

David Vilches de Santos

Inspector de Hacienda del Estado

EXTRACTO

Desde la adaptación de la Directiva comunitaria 90/434/CEE por la que se sientan las bases del régimen especial de tributación para las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de valores, entre otras, el interés por su aplicación ha ido ganando enteros.

Sin embargo, tanto durante todo el periodo previo a la reforma como tras esta su aplicación ha estado bañada de errores o problemas, en muchas ocasiones meramente interpretativos, pero que en todo caso han terminado impidiendo su efectivo ejercicio.

Mediante el presente trabajo se busca establecer una guía que permita relacionar los pasos, fases o etapas que deben tenerse en cuenta y respetarse para que la operación societaria realizada sea merecedora del susodicho régimen.

No obstante, e impulsados por la actualidad normativa, se detendrá en aquellos aspectos que la Ley del Impuesto sobre Sociedades 27/2014 ha precisado o modificado.

Palabras claves: régimen fusiones, correcta aplicación y reforma fiscal.

Fecha de entrada: 21-10-2015 / Fecha de aceptación: 30-11-2015

GUIDELINE FOR A CORRECT IMPLEMENTATION OF SYSTEM OF TAXATION APPLICABLE TO MERGERS, DIVISIONS AND OTHERS OPERATIONS

David Vilches de Santos

ABSTRACT

Since adaptation of the Council Directive 90/343/EC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, the interest for his application has increased.

However, both before tax reform and after, his implementations has been has had plenty of error or problems, sometimes just interpretative, but anyway that haven't allowed his definitive application.

This paperwork aims to set a guideline that permits to connect the different steps or stages which that have to be accomplished and be respected in order to company operation done could obtain the mentioned system of taxation.

But, moving by currently regulation, will stop in each issues pointed out or modified by Corporation Tax Law 27/2014.

Keywords: system of taxation applicable to mergers, correct application and tax reform.

Sumario

1. Introducción
2. Fases a considerar para la correcta aplicación del régimen de diferimiento
 - 2.1. Ámbito subjetivo. Definición
 - 2.2. Cláusula antiabuso. Motivo económico válido
 - 2.3. Correcta aplicación del régimen
3. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Desde la adaptación de la Directiva comunitaria 90/434/CEE, sustituida por la Directiva 2009/133/CE, por la que se sientan las bases del régimen especial de tributación para las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de valores, entre otras¹, el interés por su aplicación ha ido ganando enteros hasta el punto de que, tras la reforma fiscal de inicios del 2015², el legislador se ha visto obligado a cambiar su funcionamiento pasando de ser un régimen rogado a ser de aplicación general.

Sin embargo, tanto durante todo el periodo previo a la reforma como tras esta su aplicación ha estado bañada de errores o problemas, en muchas ocasiones meramente interpretativos, pero que en todo caso han terminado impidiendo su efectivo ejercicio.

Quede por delante que la intención del presente estudio queda lejos de pretender ser un vademécum sobre el régimen especial del diferimiento. Simplemente se busca establecer una guía que permita relacionar los pasos, fases o etapas que deben tenerse en cuenta y respetarse para que la operación societaria realizada sea merecedora del susodicho régimen.

No obstante, e impulsados por la actualidad normativa, nos detendremos brevemente para incidir en aquellos aspectos que la reforma fiscal ha tratado y que, por ello, requieren un breve análisis comparado.

2. FASES A CONSIDERAR PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DIFERIMIENTO

Toda operación de reestructuración que pretenda entrar dentro del perímetro del diferimiento debe respetar un conjunto de exigencias fiscales que pueden dividirse en tres etapas en función del momento en el que requieren nuestra atención:

1. **Ámbito subjetivo.** Se trata de asegurarnos que la operación societaria pretendida está entre aquellas a las que la norma se refiere como beneficiarias del régimen.

¹ Transpuesta al ordenamiento interno en el capítulo VIII título VII del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto Legislativo 4/2004, en adelante TRLIS.

² Materializada en la Ley del Impuesto sobre Sociedades 27/2014, en adelante LIS.

2. Motivos económicos válidos. Cláusula antiabuso mediante la cual se pretende poner en práctica el verdadero fin del régimen especial, que no es otro que el fomento de la actividad económica sin impedimentos fiscales.
3. Correcta aplicación del régimen. La norma no se limita a imponer los cauces para poder acceder al diferimiento sino que va más allá regulando el tratamiento jurídico que han de recibir ciertos elementos que surgen relacionados con la reestructuración.

Pasemos a analizar cada una de las fases más detalladamente.

2.1. ÁMBITO SUBJETIVO. DEFINICIÓN

De entre las fórmulas legislativas posibles la regulación del régimen de neutralidad se articula mediante un sistema que gira en torno al componente subjetivo, pues es la propia directiva, y por ende su adaptación a las legislaciones internas, la que instaura como filtro en la aplicación del régimen que la operación ante la que se está sea alguna de las definidas por el propio texto legal:

«Artículo 1.

Cada Estado miembro aplicará la presente directiva a los siguientes casos:

- a) Operaciones de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros;

(...)).».

Siendo el artículo 2 el que define lo que debemos entender para cada una de las operaciones recién enumeradas.

De acuerdo con esto la primera de las fases por la que ha de pasar una operación de reestructuración que pretenda estar cubierta por el diferimiento es, simplemente, que la misma esté dentro de la panoplia de operaciones que son merecedoras de tal.

Aunque el planteamiento puede resultar sencillo, cuando no absurdo por su obviedad, es una de las principales fuentes de conflicto tributario.

En efecto, uno de los errores más comunes es entender que basta con que la operación sea calificada, mercantil o directamente por las propias partes intervinientes, como fusión, escisión, aportación, o cualquier otra de las recogidas en la LIS, para que pueda beneficiarse del régimen especial sin más. Nada más lejos de la realidad.

Así, una de las primeras tareas en la planificación de cualquier operación societaria es la de verificar si esta reúne lo necesario para encajar en una de las definiciones contempladas por la

normativa vigente. De lo contrario, de nada servirá el buen quehacer en el resto de la estructuración fiscal, incluso respetando la manida motivación económica, ya que la operación no podrá estar amparada por el régimen.

No son pocas las ocasiones en las que el movimiento de reestructuración es catalogado de entre alguno de los recogidos en la normativa reguladora del régimen sin que se haya atendido a los requisitos que la norma fiscal impone para estos casos. No basta con que las partes que participen en la operación o el registrador califique la operación de fusión, escisión o aportación para que automáticamente acceda a los beneficios del diferimiento. Es la norma fiscal correspondiente la que establezca los hitos que debe reunir la operación de la que se trate para que pueda estar dentro de su ámbito subjetivo.

Por tanto, el análisis en esta primera de las fases se ha de centrar en la definición propiamente dicha. Basta asegurarse de que los requisitos que el texto legal define para cada una de las operaciones se dan en aquella que se pretende ejecutar.

Es cierto que se ha de partir de, como mínimo, la base de estas definiciones fiscales, sobre todo para las operaciones más importantes por cuantía y habitualidad, es coincidente con la definición contenida en la norma mercantil. Ahora bien, esta similitud no tiene por qué ser perfecta o, simplemente, existir.

Mientras la fusión recogida en el artículo 2 a) de la directiva, adaptada en el 83 del TRLIS o 76 de la LIS, no presenta divergencia respecto la definición mercantil, no se puede decir lo mismo de las escisiones o de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, donde el legislador se ha mostrado más exigente; pues mientras para el caso de las escisiones se detiene en el requisito de la proporcionalidad, para las aportaciones no dinerarias la amalgama de supuestos de hecho que la norma fiscal abarca excede de los contemplados mercantilmente.

Basta como ejemplo una escisión total en ausencia de proporcionalidad cualitativa, es decir, aquella en la que fruto de la escisión todos los socios de la sociedad transmitente no participan en todas y cada una de las sociedades beneficiarias. En este caso cada uno de los conjuntos de elementos patrimoniales transmitidos a cada una de las sociedades beneficiarias deberá constituir una rama de actividad, de conformidad con las exigencias del legislador tributario que, en ningún caso, se extienden a las del legislador mercantil.

Antes bien, debe quedar clara la cuestión relativa a la estanqueidad de ramas del derecho. Que la operación societaria desarrollada no cumpla con los requisitos subjetivos de la norma fiscal no supone que la misma no deje de ser calificada mercantilmente como tal, conforme a su naturaleza, sino que, simplemente, no podrá beneficiarse de la aplicación del régimen del diferimiento.

Haciendo de nuevo uso del ejemplo anterior, escisión total no proporcional cualitativamente, en el caso de que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos no constituyese rama de actividad supondría la imposibilidad de acogerse al régimen especial, sin que tal impedimento meramente fiscal conlleve mutar su naturaleza de escisión. Es y seguirá siendo escisión mer-

cantil y es y seguirá siendo escisión fiscal pero no una operación dentro del ámbito subjetivo del régimen de neutralidad.

Por último, dentro del primer estadio que supone el análisis del ámbito subjetivo del régimen merece rescatar la figura de la opción por la aplicación del régimen, y su seguida comunicación a la Agencia Tributaria, pues nos sirve para entrar a valorar la subsidiariedad del mismo.

Si bien el juego de la opción se nos presenta como un incidente puramente formal, no deja de ser cierto que de siempre han existido voces que le han otorgado una profunda importancia.

En efecto, en su configuración primigenia el régimen de diferimiento se caracterizaba por tratarse de un régimen jurídico rogado, pues el acceso al mismo estaba supeditado a que el obligado hubiese optado por su aplicación. Esta dependencia fue considerada, no sin detractores, como un argumento suficiente como para dar la naturaleza de sustantiva a la mera opción.

Pero es más, la seriedad en torno a la opción se extendió más allá, llegando a proyectarse sobre la comunicación de la misma a la Administración, pues de lo contrario se entendía que no podía reputarse como válida la opción si esta no era debidamente comunicada. En esta línea basta traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2013, por la que se dicta como fecha de inicio para el cómputo de la prescripción aquella en la que fue notificada la operación societaria, en la sentencia una ampliación de capital mediante aportación no dineraria acogida al régimen especial, a la Administración mediante el ejercicio de la comunicación de la manida opción. De este modo, el propio tribunal daba sustantividad propia a la comunicación desde el momento en el que su ejercicio suponía poner en marcha el plazo de prescripción administrativa.

Desde su adopción el del diferimiento era un régimen rogado, cuya aplicación debía ser comunicada a la Administración, indicándole expresamente que la operación quería acogerse a sus beneficios fiscales, pues de lo contrario debía entenderse que la reestructuración seguiría el cauce de la generalidad. Esta configuración del régimen como subsidiario, en mi opinión, conduce a considerar las figuras de la opción y comunicación como sustantivas, pues a través de ellas se está poniendo de manifiesto un hecho con trascendencia tributaria que difiere de lo general.

De lo contrario podría darse situaciones en las que ante la ausencia de comunicación, acompañadas de un incumplimiento en el resto de obligaciones formales, generase una opacidad difícil de superar para la Administración.

Es cierto que ante este razonamiento se ha defendido que será suficiente con que la escritura pública que documenta la operación indique expresamente la opción por el régimen, siempre que posteriormente se inscriba en el Registro Mercantil. En efecto tal consideración no solo es acertada sino perfectamente compatible con lo hasta ahora defendido desde el momento en el que de darse tal situación estaría superado cualquier indicio de opacidad. Bien distinto sería aquel caso en el que la opción no se ha ejercitado dentro del documento público de modo que la inscripción en el Registro Mercantil de la operación no sanaría la ausencia de comunicación pública.

En cualquier caso este debate doctrinal ha cesado. Como anteriormente se apuntó, dentro de las novedades destacables de la Ley 27/2014 está aquella que modifica la subsidiariedad del Régimen e indirectamente el régimen jurídico de la opción y comunicación.

En este sentido, el preámbulo de la Ley 27/2014, y en el mismo sentido el artículo 89 de la norma, establece:

«(...) este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo».

Si bien el legislador mantiene la obligación de comunicación, de modo que se debe seguir informando a la Administración sobre el ejercicio de una operación de reestructuración, el contenido de la misma diferirá, pues ya no se empleará para ejercer la opción por el diferimiento, que es ahora de carácter general.

Solo en el caso de que los sujetos intervinientes decidan acomodar la operación al régimen general será cuando la comunicación deba contener mención alguna al régimen jurídico imperante en la reestructuración. Luego la opción, como hasta ahora se entendía, desaparece.

2.2. CLÁUSULA ANTIABUSO. MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

Sin duda, el área más conocida dentro del régimen especial es la relacionada con la cláusula de los motivos económicos válidos.

Se consigue una mejor comprensión si se parte de la principal finalidad perseguida por el régimen: que la fiscalidad tenga un papel neutral dentro de la reestructuración societaria, de modo que la posible carga tributaria que acompañase a las operaciones no supusiese un impedimento para su ejecución.

Transcribiendo el considerando 2 de la Directiva 2009/133/CE:

«(...) Dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros.

(...)»

En un mismo sentido se manifiesta el considerando 14.

Este fin no puede entenderse si no es desde la lógica existencia de una auténtica actividad económica. Pues de lo contrario carecería de sentido pretender favorecer fiscalmente mediante la neutralidad aquello que ya no existe. Si no hay actividad económica no hay nada sobre lo que la

aplicación de la tributación ordinaria pudiera obstaculizar. La posible tributación que deviniera no podría considerarse como un impedimento cuando no hay nada que impedir o trabar.

Necesariamente deberá existir actividad o actividades que vayan a verse favorecidas con la pretendida reestructuración.

Al presentarse la exigencia de motivo económico válido como filtro que pretende proyectarse sobre la propia finalidad perseguida por el régimen no cabe otra opción que exigir que toda operación debe estar bajo el cobijo de un motivo económico que justifique la misma.

Pero es más, la propia norma antiabuso no solo permite garantizar la defensa del principal objetivo perseguido por el régimen sino que, al mismo tiempo, sirve de herramienta para impedir que bajo su excusa se desarrollen operaciones que únicamente persiguen un beneficio fiscal.

Es decir, no solo debe exigirse que el movimiento societario atienda a motivación económica en aras de defender el diferimiento como única vía válida que evite la carga fiscal sino que, por otro lado, mediante su impedimento se garantiza que la reestructuración ejecutada no esconda ningún negocio anómalo.

Así, en caso de no existir motivo económico válido no solo no se estará actuando en contra de la base jurídica del régimen sino que, además, se entenderá que el fin perseguido es únicamente fiscal, impidiendo de lleno la aplicación del diferimiento.

Sin ánimo de entrar a relacionar supuestos en los que no se entiende válida la motivación económica de una reestructuración, pues nos alejaríamos de la verdadera intención de este trabajo, pero con el fin de aportar cierta claridad práctica merece rescatar uno de los casos habituales, pues por configuración se presenta como ejemplo ideal para reforzar lo expuesto hasta ahora.

Se trata de aquel supuesto en el que alguna de las entidades participantes en la operación es inactiva siendo sus bases imponibles negativas acumuladas el único incentivo que justifica su reestructuración.

Sin duda, este es el paradigma de la ausencia motivacional, pues mediante una única operación se está yendo en contra de las dos bases que pretende instaurar la motivación económica válida: promover la continuidad de la actividad y evitar el amparo de operación que únicamente persiguen una finalidad fiscal.

Y es en este punto donde se incardina otra de las principales novedades surgidas a raíz de la Ley 27/2014, y que no es otra que la aplicación parcial del régimen, o conforme el literal del preámbulo de la ley:

«Finalmente, se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones».

Dejando de lado los múltiples, y en ocasiones contradictorios, pronunciamientos doctrinales sobre la posibilidad o no de admitir una aplicación parcial del régimen, pues basta traer a colación el Informe de 14 de octubre de 2005 de la Dirección General de Tributos sobre aplicación parcial del régimen para el caso de escisiones parciales para hacernos una idea de lo manido de esta discusión, nos centraremos en lo novedoso de la regulación.

Finalmente el legislador ha hecho suya la habilitación contenida en la directiva comunitaria, por la que se dejaba en manos del regulador nacional la posibilidad de materializar en la norma interna la inaplicación parcial.

Así, de modo concreto el legislador ha dispuesto en relación con la parcialidad del diferimiento: «Las actuaciones de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen por la inexistencia de esos motivos, eliminarán exclusivamente la ventaja fiscal obtenida y no producirán la inaplicación general del régimen» (art. 89.2 Ley 27/2014).

A la espera de pronunciamientos doctrinales sobre esta materia, es evidente que se ha optado por dar validez a una aplicación parcial del régimen siempre que la ausencia de motivo económico se proyecte de modo que pueda limitarse sus efectos fiscales perniciosos.

Si bien esta posibilidad se muestra más pacífica en aquellos casos en los que la reestructuración afecta a varias sociedades y la inexistencia puede aislarse en una de ellas, se presenta más compleja cuando el movimiento afecta a una única entidad. Más cuando, al tenor de la norma, parecería posible argumentar que la ventaja fiscal se proyecta únicamente respecto de uno de los elementos patrimoniales que componen el conjunto de los transmitidos, permitiendo que el diferimiento se extendiese al resto de componentes transmitidos.

Ahora bien habría que preguntarse si en este caso no cabría un comportamiento preventivo por parte del propio contribuyente optando por una renuncia parcial al régimen para aquel elemento sobre el que acechan las dudas de una incorrecta ventaja fiscal, en los términos del anterior artículo 84 del TRLIS, actual 77.2 de la LIS, evitando una posible actuación coercitiva de la Administración.

Sin duda, deberemos estar a lo desarrollado en esta materia por parte de la doctrina más cualificada, toda vez que por ahora su interpretación deja lugar a dudas.

En cualquier caso, y volviendo a la senda de esta guía, lo que debe quedar meridianamente claro es que estamos en el segundo de los análisis de una operación FEAC.

A la hora de planificar las operaciones susceptibles del régimen es habitual pararse únicamente en la motivación o razón de ser de la misma desde la óptica económica, dando cumplimiento a la exigencia que estamos analizando. Sin embargo, este análisis puede ser del todo insuficiente desde el momento en el que se obvie el acogimiento de la operación a alguna de las definiciones contenidas en el artículo 83 y siguientes del TRLIS.

Como se trata de exponer en el presente trabajo, estamos ante dos fases que no solo son distintas sino que deben ser estudiadas de modo cronológico: primero definimos la operación y luego su sustrato económico.

Por último, para concluir el estudio de la cláusula antiabuso, y de nuevo dándole un enfoque eminentemente práctico, es recomendable precisar las consecuencias de la ausencia de los motivos económicos desde la perspectiva del régimen sancionador tributario.

La inadmisibilidad del diferimiento conlleva la necesaria aplicación del régimen general recogido en el anterior artículo 15 del TRLIS, actual 17 de la LIS, que reza la puesta de manifiesto de una renta fiscal derivada de la diferencia entre el valor contable, o histórico en su defecto, y el valor de mercado de los activos transmitidos. Si a ello le unimos la realidad de cualquier reestructuración, que no es otra que el traspaso de grandes masas de activos, el resultado de una posible actuación de la Administración tributaria suele traducirse en unas cuotas de importe relevante.

Ante esto la cuestión a plantearse es si la conducta regularizada por entender que no concurren motivos económicos válidos ha de ser sancionada o si, por el contrario, debe entenderse que el propio margen de interpretación que supone la existencia de tales motivos permite considerar que se está ante una interpretación razonable de la norma, en línea con lo dispuesto en el artículo 179.2 d) de la Ley 58/2003, General Tributaria.

Pues bien, y asentando como punto de partida que se está ante una cuestión controvertida, pues puede llegar a encontrarse pronunciamientos administrativos en contrario, como por ejemplo la reciente Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) de 2 de julio de 2015, y que no se pretende fijar una posición irrefutable en este aspecto; la inadmisión del diferimiento consecuencia de no entender a válidos motivos no irá acompañada de sanción, toda vez que, en palabras del Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de julio de 2012, en contra de lo fallado por la Audiencia Nacional, dispone:

«(...) Se considera que la Sentencia de la Audiencia Nacional infringe la normativa reguladora de las sanciones, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo por cuanto que confirma una sanción sin que concurren los requisitos legalmente establecidos, según la interpretación que de los mismos ha sentado la jurisprudencia, a tenor de la cual una interpretación razonable de la norma excluye la culpabilidad en la actuación de la entidad recurrente

(...)).».

2.3. CORRECTA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN

Una vez superadas las dos fases iniciales, ámbito subjetivo y cláusula antiabuso, puede entenderse que la reestructuración es merecedora del diferimiento que se deriva del régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

Ahora bien, el acogimiento de la operación societaria al régimen no debe interpretarse como un puerto seguro, pues el legislador va mas allá entrando a regular el régimen jurídico que merecen una serie de figuras derivadas del propio devenir de la reestructuración y que, por su importancia, deben ser analizadas fiscalmente.

Remarquemos que estamos ante una tercera etapa. El movimiento de reestructuración se amoldaría dentro de alguna de las definiciones recogidas en el acervo normativo específico al mismo tiempo que dispondría de, al menos, un motivo económico válido. Es decir, se contaría con la cierta seguridad que otorga el saber que se está dentro del perímetro del régimen del diferimiento.

Pero una vez aquí se debe seguir prestando atención al texto legal, toda vez que al albor de la reestructuración diferida pueden nacer diversas figuras que siguen manteniendo importancia tributaria y sobre las cuales el legislador ha establecido pautas de funcionamiento.

Sin ánimo de individualizar, estamos refiriéndonos a figuras como el fondo de comercio de fusión; la subrogación en los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente, con una especial atención a las bases impositivas negativas generadas por esta sociedad; la renuncia parcial al régimen o el valor fiscal de los elementos adquiridos por mor de la reestructuración.

De todas ellas merece que nos detengamos en las dos primeras: el fondo de comercio de fusión, también conocido como diferencia de fusión, y la subrogación manifestada en la compensación de bases impositivas negativas generadas por la sociedad transmitente. No solo han sido dos figuras que han exigido una mayor atención doctrinal y práctica sino que su régimen jurídico se ha visto profundamente modificado, o al menos puntualizado, por la Ley 27/2014.

Para el caso del fondo de comercio de fusión, o diferencia de fusión: aquel sobreprecio de adquisición pagado por los títulos representativos de una entidad sobre sus fondos propios, únicamente resta precisar su absoluta desaparición desde enero de 2015, entrada en vigor de la LIS.

Reproducimos, de nuevo, el preámbulo de este texto:

«La segunda novedad destacable se basa en la desaparición del tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión, consecuencia inmediata de la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno, que hace innecesario el mantenimiento de este mecanismo complejo como instrumento para eliminar la doble imposición.

(...»

Ante el establecimiento de un nuevo sistema de exención para la transmisión de participaciones de entidades residentes en España, regulado de forma homogénea en el artículo 21 de la LIS, la necesidad de articular un mecanismo para eliminar la doble imposición de extraordinaria complejidad como era el fondo de comercio de fusión carece de fundamento, pues tal doble imposición es ahora inexistente.

Por lo que a la consignación y compensación de bases imponibles negativas originadas por la sociedad transmitente, la reforma se dirigió a clarificar el espectro de magnitudes negativas que pueden beneficiarse de la subrogación.

La regulación general de esta materia aparentemente no encuentra alteración, toda vez que el régimen general de subrogación, recogido en el artículo 90.1 y 2 del TRLIS se recoge en un nuevo artículo 84.1 de la LIS, pero sin alteración en su redacción. La subrogación se divide entre universal y no universal, variando su alcance en función de si los derechos y obligaciones tributarios que se transmiten a la sociedad adquirente son la totalidad de los nacidos en la entidad transmitente o únicamente aquellos relacionados directamente con los bienes y derechos transmitidos.

Sin embargo, el nuevo texto legal introduce un segundo apartado dentro del artículo 84 de la LIS mediante el cual se materializa la verdadera novedad fiscal a la que nos estamos refiriendo consistente en un tratamiento especial dentro de la subrogación de las bases imponibles negativas para el caso de las aportaciones no dinerarias, ejemplo de subrogación no universal por excelencia.

De esta manera, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014 se permite la subrogación de la entidad adquirente de una rama de actividad en las bases imponibles negativas generadas anteriormente por la propia rama aportada.

En suma, se extiende a las bases imponibles negativas la posibilidad de subrogación en los casos de aportación de rama de actividad. Tómese nota de que con la modificación las aportaciones no dinerarias no dejan de estar afectadas por la subrogación no universal, sino que simplemente esta se extiende a las magnitudes imponibles negativas.

Como ha sucedido con la inaplicación parcial, el legislador ha optado por elevar a rango de ley una materia sobre la que existía una considerable litigiosidad. Con anterioridad a esta nueva regulación, si bien la doctrina mayoritaria entendía que en los supuestos de aportación no dineraria la subrogación no podía extenderse a las bases imponibles negativas pues entraba en conflicto con el principio de indisponibilidad del crédito tributario (TEAC, unificación de criterio, 11 de octubre de 2006), no deja de ser cierto que un pequeño sector de la misma se mostraba contrario.

Así pues, con el nuevo planteamiento el legislador se ha decantado por una postura asociada al principio de neutralidad, obligando a que se transmitan, junto a la unidad económica autónoma, las bases negativas por esta generadas.

Resta añadir que, de conformidad con los pronunciamientos sobre esta materia, la carga de la prueba correrá a cargo del contribuyente que tendrá que demostrar que, efectivamente, las magnitudes negativas fueron generadas por el devenir de la rama de actividad ahora transmitida.

3. CONCLUSIÓN

Ya fuera en su configuración inicial como régimen subsidiario como posteriormente al ser elevado a general, el régimen de neutralidad está supeditado a que desde la misma concepción

de la operación societaria se vayan respetando una serie de exigencias impuestas por el legislador que condicionan su efectiva aplicación.

Mediante la ordenación de estos requisitos de modo cronológico, a través de sencillas fases o etapas, se pretende que mediante su respeto se consiga el beneficio del régimen con ciertas garantías de éxito.

Primeramente deberá analizarse si la operación societaria pretendida se puede encuadrar dentro de alguna de las merecedoras del régimen y que el legislador relaciona, para posteriormente centrar la atención en la existencia de una verdadera motivación económica. Solo una vez que se han superado estas dos primeras etapas será cuando los esfuerzos deban centrarse en atender a la correcta marcha de las consecuencias que de la operación se desprende.

De nada sirve que se respeten las exigencias normativas contenidas para cualquiera de las figuras resultantes de la aplicación del régimen, como por ejemplo el fondo de comercio de fusión, si desde la génesis de la operación se ha desatendido a la necesaria adecuación de la operación a las definiciones recogidas o a la existencia de una motivación económica.

Por todo ello, la complejidad que rodea a estos negocios societarios aconseja la existencia de unas pautas que expuestas de modo cronológico faciliten su ejercicio en paralelo a la legalidad.