

LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN EN APORTACIONES NO DINERARIAS DE ACTIVOS O NEGOCIOS TRAS LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Diana Soto López

Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo

EXTRACTO

El artículo 88 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, establece determinados métodos específicos dentro del régimen especial de reestructuraciones, para evitar la doble imposición provocada por las reglas de valoración específicas de ese régimen para aportaciones no dinerarias de activos o ramas de actividad, y de canjes de valores. El presente trabajo pone de relevancia la ineficacia de tales métodos para corregir determinadas situaciones de duplicidad impositiva y la conveniencia de adaptar la norma para evitar tales situaciones.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, y doble imposición.

THE AVOIDANCE OF DOUBLE TAXATION IN TRANSFERS OF ASSETS AND BRANCHES OF ACTIVITY AFTER THE SPANISH CORPORATE INCOME TAX ACT, LAW 27/2014, IN FORCE SINCE JANUARY, 1ST 2015

ABSTRACT

Article 88 of the Spanish Corporate Income Tax Act in force since January, 2015, states certain methods for avoiding double taxation in transfers of assets and exchanges of shares executed under the common system of taxation of the Directive 2009/133/CE. The following lines intend to underline the inefficiency of such methods for correcting certain situations of double taxation and the convenience of adapting the law for the elimination of such situations.

Keywords: Corporate Income Tax, special regime for mergers, mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares, and double taxation.

Sumario

1. Introducción
2. Primeras consideraciones acerca de la doble imposición generada por las reglas de valoración del RFEAC en canjes de valores y aportación de activos
3. Mecanismos para corregir la doble imposición en el RFEAC tras la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades
4. Conclusión

Bibliografía

NOTA: Este artículo es uno de los resultados de la investigación realizada para la obtención del título de doctora sobre el tema *Las fusiones en el Derecho Tributario*, bajo la dirección de la profesora doctora Ana María PITA GRANDAL, que fue defendida el 22 de diciembre de 2014 ante un tribunal integrado por los siguientes miembros: profesor doctor José Antonio SÁNCHEZ GALIANA, catedrático de la Universidad de Granada; profesor doctor Eduardo BERCHÉ MORENO, catedrático de la Universidad Ramón Llull (ESADE) y profesora doctora Susanna SARTORIO ALBALAT, catedrática de la Universidad de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el 27 de noviembre de 2014 se publicó en el BOE el texto de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, 27/2014 –en adelante LIS– que viene a derogar y sustituir al anterior texto refundido de la Ley de este impuesto (TRLIS), como resultado de la conocida como *reforma fiscal* llevada a cabo por el Gobierno.

Entre las reformas introducidas en la LIS, una de las de mayor calado versa sobre la corrección de la doble imposición, habiendo desaparecido el método de la deducción en cuota previsto en el antiguo artículo 30 del TRLIS para la corrección de la doble imposición interna, el cual se sustituye por el método de exención en la base imponible previsto en el nuevo artículo 21 de la LIS, muy similar, aunque con determinadas modificaciones de relevancia, al antiguo artículo 21 del TRLIS, que regulaba la exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente extranjera, y que ahora amplía su ámbito de aplicación a dividendos y plusvalías también de fuente interna.

Estas modificaciones en los métodos de corrección de la doble imposición en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades (IS) han provocado, igualmente, modificaciones en los métodos propios de corrección de la doble imposición previstos en el capítulo VII del título VII de la nueva LIS destinado al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea –en adelante RFEAC–.

En las líneas que siguen realizaremos un breve análisis que pretende evaluar la efectividad de los métodos previstos para la corrección de la doble imposición en el RFEAC tras la Ley 27/2014, que, en concreto, se hallan contenidos en el artículo 88 de la LIS.

2. PRIMERAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DOBLE IMPOSICIÓN GENERADA POR LAS REGLAS DE VALORACIÓN DEL RFEAC EN CANJES DE VALORES Y APORTACIÓN DE ACTIVOS

El artículo 88 de la LIS establece determinadas normas específicas dentro del RFEAC, para evitar la doble imposición provocada por la obligatoria conservación del valor fiscal de los activos aportados y de las acciones recibidas en contraprestación, en las operaciones de aportaciones no dinerarias de activos o ramas de actividad, y de canjes de valores acogidos al referido régimen.

Esta doble imposición se produce en tanto una única renta –la existente en sede del socio aportante– queda diferida en dos sujetos pasivos, por un lado, en la entidad que recibe la aporta-

ción y, por otro, en el socio que realiza la misma, mientras que si la operación se acogiese al régimen fiscal general, la renta tributaría en el socio aportante una sola vez.

Lo vemos con un ejemplo: A transmite a B una rama de actividad cuyo valor neto contable es de 1.000 u.m. siendo su valor de mercado de 10.000 u.m. Si la transmisión tributa bajo el régimen general del impuesto, la renta gravable en el transmitente asciende a 9.000 u.m. Si la transmisión se acoge al RFEAC, tal renta de 9.000 u.m. queda diferida en dos sujetos pasivos diferentes: en la entidad A transmitente –que ha de valorar las acciones recibidas por el valor fiscal de los elementos aportados (1.000 u.m.), según el art. 79 LIS– y en la entidad B adquirente –que ha de atribuir a la rama de actividad aportada el mismo valor fiscal que tenía en la entidad transmitente, esto es, 1.000 u.m., de conformidad con el artículo 79 de la LIS.

Esta doble imposición no estaba prevista en la redacción de la Directiva 90/434/CEE¹ –en adelante, la Directiva– relativa al régimen de neutralidad fiscal previsto para este tipo de operaciones, sino que ha sido consecuencia de la transposición de aquella efectuada por el legislador español. Por lo que respecta a las aportaciones de rama de actividad², la Directiva no hace referencia a que los valores atribuidos al socio conserven el mismo valor fiscal de los elementos aportados, únicamente se obliga a la sociedad adquirente a conservar el valor fiscal de los elementos adquiridos integrantes de la rama de actividad. Por lo que respecta al canje de valores, la Directiva no establece que los valores recibidos por la sociedad dominante en el canje de valores se valoren por el valor fiscal que tengan en sede del socio aportante³. Fue la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, la que introdujo estos dos aspectos no contemplados en la Directiva (que luego se han mantenido en las distintas leyes del IS hasta nuestros días) que conducen a una doble tributación de una única manifestación de renta.

La doble imposición que motivó la introducción del artículo 109 en la derogada Ley 43/1995, de 27 de diciembre (primer antecedente del actual art. 88 LIS), no se produce en operaciones de

¹ Actualmente esta Directiva ha sido codificada por la Directiva 2009/133/CE, que deroga a la primera.

² Las aportaciones de activos que no conforman una rama de actividad, conocidas como aportaciones no dinerarias especiales, no están previstas en el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, sino que ha sido el legislador español el que ha optado, en la transposición del derecho comunitario a derecho interno, por extender la aplicación del régimen fiscal de neutralidad previsto en la Directiva a este tipo de operaciones.

³ Al respecto del régimen fiscal de la Directiva de fusiones, véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «Comentarios a la Directiva del Régimen Fiscal de Reorganizaciones Empresariales», *Revista Crónica Tributaria*, n.º 116/2005, pág. 93. Ediciones Instituto de Estudios Fiscales: «Las aportaciones de activos plantean además la valoración de las acciones que la sociedad transmitente recibe a cambio de su aportación. La ausencia de normas concretas en la Directiva está permitiendo la introducción de soluciones a nivel nacional que generan problemas de doble imposición económica: se obliga a dicha entidad a computar los títulos recibidos de acuerdo con el valor histórico del patrimonio transmitido, de tal manera que esta será gravada por la plusvalía latente en dichos activos y pasivos en una posterior transmisión de las acciones puesto que su precio de adquisición será dicho valor histórico; paralelamente, el establecimiento permanente al que se afecta el patrimonio aportado debe mantener ese mismo valor contable y será gravado por la misma plusvalía latente, en una transmisión posterior».

fusión ni escisión⁴, operaciones en las cuales son dos las rentas cuyo gravamen queda diferido, a saber, la existente en la sociedad absorbida (por diferencia entre el valor de mercado de su patrimonio y su valor fiscal) y la existente en los socios de esta última (por diferencia entre el valor de mercado de las acciones entregadas y su coste), por lo que la situación no es exactamente la misma que la que se produce en el supuesto de las aportaciones no dinerarias o en los canjes de valores. En estas últimas operaciones, la renta cuyo gravamen queda diferido en socio y sociedad adquirente es la misma renta, la cual, de no existir mecanismos eficaces para evitar la doble imposición, se gravará dos veces si la aportación o el canje se acoge al RFEAC⁵ y solo una vez si la operación tributa bajo el régimen general del IS. Este escenario, de no preverse medidas efectivas para corregir la doble imposición que provocan las reglas de valoración previstas en el RFEAC, convertiría a este régimen especial en claramente más perjudicial que el régimen fiscal general del impuesto, circunstancia que iría en contra de la propia finalidad del régimen fiscal previsto en la Directiva del cual es transposición, que busca que la fiscalidad no sea un estímulo, pero tampoco un obstáculo a la realización de esta clase de operaciones.

3. MECANISMOS PARA CORREGIR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN EL RFEAC TRAS LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Tras la *reforma fiscal*, las modificaciones introducidas en el artículo 88 de la LIS son, aparentemente, de poco calado, habiéndose limitado el legislador a sustituir el término deducción, por el de exención, y a unificar el tratamiento de las rentas de fuente extranjera e interna, en consonancia con las modificaciones introducidas en los métodos para evitar la doble imposición bajo el régimen general.

⁴ Véanse comentarios de LÓPEZ IRANZO, F.: «Adaptación del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores a la Directiva comunitaria de 23 de julio de 1990», *Revista Carta Tributaria*, 15 de marzo de 1992, n.º 155: «en efecto, en la escisión parcial existen dos posibles plusvalías de naturaleza y cuantía distinta: en la sociedad escindida, por la transmisión del patrimonio y en los accionistas por el canje de acciones, lo que produce dos diferimientos de impuesto, uno a cargo de la sociedad beneficiaria de la escisión y otro a cargo del propio accionista, al valorar fiscalmente las acciones recibidas en el canje. Pero en la aportación no dineraria no hay más que un solo hecho imponible y una sola plusvalía y, por consiguiente, un solo traslado del impuesto de la sociedad aportante a la sociedad beneficiaria de la aportación, quien lo asume con efectos diferidos. Lo que no es posible es que de la exención de un solo gravamen (la plusvalía de la sociedad aportante) surjan dos impuestos diferidos por el mismo importe, uno a cargo de la sociedad que recibe la aportación y otro a cargo de la propia sociedad aportante. O se traslada el impuesto a la sociedad beneficiaria de la aportación (sistema de la Directiva) o queda diferido en la propia sociedad aportante (art. 6 de la ley), pero no puede diferirse en dos sociedades a la vez».

⁵ Véase también LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.: «Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores», *Revista Tribuna Fiscal*, n.º 19, mayo 1992, págs. 54 y ss.: «El régimen de diferimiento en la aportación se traduce en que la plusvalía que, en su caso, estuviere latente en los bienes aportados puede sufrir una doble imposición aunque en dos sujetos diferentes, en el transmitente, desde el momento en que los títulos recibidos se valoran por el neto aportado, sin tener en cuenta aquella plusvalía y en el adquirente, dado que los bienes recibidos se valoran por el que tenían en la sociedad aportante con anterioridad a la operación, es decir, igualmente dicha plusvalía no se tiene en cuenta, por lo que tal plusvalía se gravará en la adquirente cuando se transmitan aquellos elementos o bien a medida en que se amortizan al computarse fiscalmente por este concepto un gasto menor, plusvalía que resultará asimismo gravada en la sociedad aportante cuando se transmitan los valores recibidos».

Igualmente, se introduce, en el apartado 5 de la disposición transitoria 23.^a de la LIS, una mención para extender el nuevo régimen del artículo 88 de la LIS también a aquellas aportaciones no dinerarias o canjes realizados al amparo del capítulo VIII del título VII del TRLIS en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015.

De lo expuesto hasta este punto, no parecen ser de relevancia las implicaciones de la reforma fiscal en el régimen de la corrección de la doble imposición generada en aportaciones no dinerarias y canjes realizados bajo el RFEAC. No obstante, hemos de anticipar que no será esta la conclusión si consideramos conjuntamente este artículo 88 de la LIS, con las previsiones del nuevo artículo 21 del mismo texto legal, especialmente por lo que respecta a la eliminación de la posibilidad de recuperar la imposición soportada por el transmitente, para adquisiciones de participaciones posteriores a periodos impositivos iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2015, regulada en el antiguo artículo 30 del TRLIS, apartados 4 y 6.

El artículo 88 de la LIS se estructura en dos apartados, el primero de ellos destinado a corregir la doble imposición en aquellas aportaciones no dinerarias o canjes en las cuales la entidad adquirente no revaloriza contablemente el patrimonio adquirido, y el segundo, para el caso contrario. Es en las operaciones a las que resulta de aplicación el primer párrafo en donde encontramos el problema de sobreimposición. En particular, a los efectos de simplicidad en la exposición, nos centraremos en las operaciones de aportación no dinerarias.

Establece la norma de registro y valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad (aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre), por lo que respecta a las aportaciones no dinerarias a empresas del grupo, por un lado, que el aportante habrá de valorar la inversión financiera por el valor contable consolidado de los elementos patrimoniales entregados en la fecha en que se realiza la operación, según las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y, por otro, que la sociedad adquirente reconocerá tales elementos patrimoniales por el mismo importe. En el supuesto de que las cuentas consolidadas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación, se tomarán los valores resultantes de las cuentas individuales de la sociedad aportante.

Con el régimen fiscal previsto en el TRLIS, si tras la aportación y antes de que la entidad adquirente realizase la plusvalía, el socio aportante transmitía su participación en esta, si bien no podía aplicar la deducción prevista en el artículo 30.5 del TRLIS, por cuanto la plusvalía tácita existente en el negocio aportado no se había materializado en reservas expresas, la corrección de la doble imposición se efectuaba en el nuevo socio adquirente de la participación⁶, una vez que la entidad adquirente realizase la plusvalía y distribuyese un dividendo. En este supuesto, el artículo 30.4 y 6 del TRLIS permitía al socio adquirente de la participación acreditar y aplicar una deducción para evitar la doble imposición por el importe del dividendo distribuido por la

⁶ En este sentido, también LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. y ORTEGA CARBALLO, E.: *Memento Práctico de Reorganización Empresarial (Fusiones)*, 2011-2012. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, enero 2011, marginal 4845.

entidad adquirente del negocio, aun cuando tal dividendo no se integrase en su base imponible, si aquel probaba la tributación de un importe equivalente al dividendo en el socio transmitente.

En la nueva LIS esta posibilidad de que el nuevo socio recupere la imposición del socio transmitente solo se produce para la adquisición de participaciones producidas en periodos impositivos que, en el transmitente, se hubiesen iniciado antes de 1 de enero de 2015, en virtud de la disposición transitoria vigésima tercera de la LIS (previsión que, *a priori* podría parecer razonable por cuanto, con carácter general, en los periodos impositivos posteriores al 2015, el socio transmitente no debería soportar tributación alguna por aplicación de la exención prevista en el art. 21 LIS), de tal modo que si la transmisión se produce con posterioridad, no hay posibilidad de recuperar la doble imposición.

En este caso, tampoco el socio aportante que transmite la participación en la entidad adquirente puede corregir la doble imposición, por aplicación del apartado a) del artículo 21.4 de la LIS que establece:

«4. En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención prevista en el apartado anterior tendrá las especialidades que se indican a continuación:

a) Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII de esta ley y la aplicación de dichas reglas, incluso en una transmisión anterior, hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, derivadas de:

1.^a La transmisión de la participación en una entidad que no cumpla el requisito de la letra a) o, total o parcialmente al menos en algún ejercicio, el requisito a que se refiere la letra b) del apartado 1 de este artículo.

2.^a La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales distintos a las participaciones en el capital o fondos propios de entidades.

En este supuesto, la exención solo se aplicará sobre la renta que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de transmisión de la participación en la entidad y el valor de mercado de aquella en el momento de su adquisición por la entidad transmitente, en los términos establecidos en el apartado 3. En los mismos términos se integrará en la base imponible del periodo la renta diferida con ocasión de la operación acogida al capítulo VII del título VII de esta ley, en caso de aplicación parcial de la exención prevista en el apartado anterior».

Con arreglo a lo anterior, el socio que haya realizado una previa aportación no dineraria de un negocio⁷ bajo el régimen de diferimiento impositivo del RFEAC no podrá aplicar la exención

⁷ Lo mismo sucedería para el caso de aportación de participaciones que representasen menos del 5% del capital social, o que, en general, incumpliesen los requisitos del artículo 21.1 a) y/o b).

sobre la renta cuyo gravamen ha quedado diferido y que deba integrar en su base imponible como consecuencia de la ulterior transmisión de la participación recibida como contraprestación a la aportación. Ello porque, en virtud de lo expuesto, la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS queda limitada a la plusvalía que se genere a partir de la aportación.

Supongamos el ejemplo anterior en el que una sociedad A aporta una rama de actividad a una sociedad B, de nueva constitución, que pasará a estar participada íntegramente por A. El valor neto contable de la rama de actividad en la contabilidad de A asciende a 1.000 u.m., siendo su valor de mercado 10.000 u.m. Tratándose de una operación entre empresas del grupo, la entidad B registrará los activos y pasivos aportados por el valor correspondiente a las cuentas anuales consolidadas y, si estas no se formularsen, por el valor contable por el que figurasen en las cuentas anuales individuales. En consecuencia, B registrará la rama de actividad recibida por 1.000 u.m.

En el supuesto de que la venta de las acciones de B fuese anterior a la venta de los activos integrantes de la rama de actividad, tendríamos que la sociedad A debería integrar en su base imponible la renta de 9.000 u.m. cuyo gravamen había quedado diferido por aplicación del RFEAC, sin que proceda la aplicación de la exención del artículo 21, por lo dispuesto en su apartado 4.a).2.º.

Por su parte, si en el futuro la sociedad B transmite los elementos integrantes de la rama de actividad, deberá igualmente integrar en su base imponible una renta por diferencia entre el valor de mercado de tales elementos y su valor fiscal (1.000 u.m.), de modo que si aquel valor no ha variado desde la aportación, la renta a integrar en su base imponible será de 9.000 u.m., produciéndose claramente un supuesto de doble imposición.

Lo vemos en la siguiente tabla:

Contabilidad de A		Contabilidad de B		
Inv. financ. permanentes	1.000	Activos.....	1.000	Aportacion de rama
Activos	-1.000	Capital social	-1.000	
Bancos	10.000			Venta de acciones de B
Inv. financ. permanentes .	-1.000			
Beneficio	-9.000			
Impuesto sobre Sociedades	2.520			
Bancos	2.520			
				.../...

Contabilidad de A	Contabilidad de B		
.../...			
	Bancos	10.000	Venta de los activos
	Activos	-1.000	
	Beneficio	-9.000	
	Impuesto sobre Sociedades	-2.520	
	Bancos	2.520	
Nota: Una única renta de 9.000 tributa en A y en B, por lo que se duplica la tributación (9.000 + 9.000).			

Esta doble imposición que con la normativa anterior se corregía en el nuevo socio adquirente de la participación en virtud del artículo 30.4 e) o 30.6 del TRLIS, si la transmisión de la participación tiene lugar en un periodo impositivo iniciado con posterioridad a 1 de enero de 2015, quedará sin corregir. Ello porque la nueva disposición transitoria vigésima tercera no resultará de aplicación, lo que impide corregir la doble imposición en el nuevo socio, y tampoco las previsiones contenidas en el artículo 88 de la LIS resultan eficaces para corregir la doble imposición en las entidades transmitente y adquirente.

En relación con esto último, el apartado 2 del artículo 88 de la LIS está previsto para supuestos en los que la entidad adquirente –B en nuestro caso– registra los activos recibidos por su valor razonable (valor de mercado), por lo que no resulta de aplicación para aquellos casos en los que, como el analizado, el registro contable en la entidad adquirente se efectúa por el mismo valor contable que los elementos adquiridos tenían en la transmitente⁸. En consecuencia, las posibilidades de evitar la doble imposición que se produce por el acogimiento de la aportación al RFEAC se circunscriben al apartado 1 del artículo 88 de la LIS el cual establece que, a los efectos de evitar la doble imposición que las reglas de valoración del RFEAC en relación con canjes y aportaciones no dinerarias generan, «los beneficios distribuidos con cargo a rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la exención para evitar la doble imposición de dividendos, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio y su antigüedad. Igual criterio se aplicará respecto de las rentas generadas en la transmisión de la participación».

Considerando la redacción de este apartado y del actual artículo 21 de la LIS, si la transmisión de la participación en B se produjese antes de que esta materializase la plusvalía tácita inherente a la rama de actividad, la previsión del artículo 21.4 a) 2.º de la LIS impediría la corrección

⁸ En este sentido, véanse, entre otras, las contestaciones de la Dirección General de Tributos (DGT) a las Consultas V1244/2012, de 7 de junio (NFC044815), y V2858/2013, de 26 de septiembre (NFC049129).

de la doble imposición, salvo que dentro de la excepción que el apartado 1 del artículo 88 de la LIS establece en relación con el cumplimiento de los requisitos de porcentaje de participación y antigüedad, pudiese entenderse exceptuado el cumplimiento del resto de requisitos establecidos por el artículo 21 de la LIS en aras de la corrección de la doble imposición, entre ellos, los establecidos por el artículo 21.4 de la LIS, lo cual entendemos poco probable, considerando la ausencia de mención expresa en el artículo 88 de la LIS.

Tan solo en el caso de que los beneficios se originasen antes de la transmisión de la participación en B, y esta repartiéndose un dividendo por la totalidad de la renta diferida (9.000 u.m.) con carácter previo a la transmisión, la doble imposición se corregiría.

Ya con la anterior norma (TRLIS) se podían dar supuestos en los que las previsiones del antiguo artículo 95 del TRLIS (actual art. 88 LIS) eran insuficientes para corregir la doble imposición. Así sucedía, en supuestos como el descrito en los que la transmisión de la participación en B se producía antes de la generación de la plusvalía latente en el negocio, cuando el nuevo socio adquirente era una entidad no residente, a la que no aplicaban las disposiciones del TRLIS. En este sentido, la DGT en contestación a la Consulta V0649/2011, de 15 de marzo (NFC040913), establecía que «en el caso planteado en la consulta, la entidad B contabiliza la aportación no dineraria realizada por el mismo valor contable que tenía en la entidad si bien se produce la circunstancia de que la entidad adquirente de las participaciones en B es F, una entidad no residente en el territorio español. Esto significa que el caso planteado en la consulta no se encuentra en un supuesto previsto en el artículo 95 del TRLIS por cuanto no se producen las circunstancias requeridas ni en el apartado 1 ni en el apartado 2, por lo que no será posible corregir la doble imposición. En definitiva, la situación planteada en la consulta responde a un supuesto general del Impuesto sobre Sociedades respecto del que el TRLIS no contiene norma alguna que pueda corregir la posible doble imposición que pueda manifestarse».

Lo expuesto hasta este momento pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos previstos en la normativa del IS para corregir la doble imposición que el propio RFEAC genera, lo que provoca que la normativa interna incumpla la finalidad de la Directiva, esto es, que la fiscalidad de este tipo de operaciones sea neutra (no suponga un freno ni un estímulo a las mismas), situación que entendemos inaceptable, por cuanto convierte al régimen fiscal especial en más gravoso que el régimen general.

Consideramos que la normativa debería modificarse estableciendo métodos eficaces de corrección de la doble imposición, incluso estableciendo la atribución a los valores que recibe la entidad transmitente a cambio de la aportación de rama, de su valor real, a efectos fiscales, en lugar del valor histórico.

Esta fue la solución planteada en la propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión Europea el 17 de octubre de 2003 [COM(2003) 0613 final, de 17 de octubre de 2003], ante la constatación de que la ausencia de determinadas normas de valoración al respecto de aportaciones y canjes en la Directiva había permitido la introducción a nivel doméstico en ciertos Estados de sendas reglas de valoración que generaban problemas de doble imposición económica.

La referida propuesta de modificación constataba este problema de doble imposición en su exposición de motivos, del modo siguiente: «26. La aportación de activos puede dar lugar a doble imposición. La sociedad que transfiere una rama de actividad recibe a cambio títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria; sin embargo, la Directiva no contiene disposición alguna sobre la valoración de los títulos así adquiridos. La normativa de algunos países impone a la sociedad transmitente la obligación de calcular las plusvalías resultantes de la ulterior cesión de los títulos recibidos a partir del valor contable que tuvieron los activos antes de la operación de aportación. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 4 obliga a la sociedad que recibe los activos a calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías correspondientes a los elementos patrimoniales transferidos con arreglo al valor que estos tuvieron antes de la aportación. En estos casos, un mismo valor se utiliza dos veces a efectos fiscales, de modo que una misma plusvalía generada por los activos transferidos se imputa a dos sujetos pasivos diferentes y tributa por partida doble. Es en el Estado miembro en el que está radicada la sociedad transmitente donde se plantea el problema de la doble imposición. Dicho Estado miembro gravará las rentas y las plusvalías obtenidas por el establecimiento permanente que recibe los activos. Además, puede gravar las plusvalías que, para la sociedad transmitente, se deriven de una ulterior cesión de los títulos recibidos a cambio de los activos transferidos. No existen razones objetivas que justifiquen este régimen tributario. El apartado 1 del artículo 11 de la Directiva permite a los Estados miembros, no obstante, denegar la concesión de las ventajas de la misma en caso de fraude fiscal. En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que, según lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, corresponde a los Estados miembros determinar los procedimientos internos necesarios para combatir el fraude fiscal, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, la fijación de una norma general que excluya automáticamente de las ventajas fiscales previstas determinadas categorías de operaciones, haya habido o no, efectivamente, evasión o fraude fiscal, superaría los límites de lo necesario para prevenir tales transgresiones y comprometería el objetivo que persigue la Directiva. Por tanto, los Estados miembros pueden disponer que se atribuya a los títulos recibidos por la sociedad transmitente su valor real en el momento de la aportación de activos. Los derechos de imposición de los Estados miembros no se verán afectados, dado que seguirá siendo posible gravar las rentas o las plusvalías que se deriven de los activos afectados al establecimiento permanente, que permanecerá bajo la competencia fiscal del mismo Estado miembro».

Similar consideración se efectuaba en relación con los canjes de valores, en los que si bien la Directiva supedita la aplicación del régimen fiscal en ella contenido a «la condición de que el socio no atribuya a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tuvieron los títulos canjeados inmediatamente antes del canje de acciones, no contiene disposición alguna sobre la valoración de los títulos recibidos de los referidos socios por la sociedad dominante».

Tras la constatación del problema de sobreimposición, el texto de la propuesta de modificación incluía dos nuevos apartados en el articulado de la Directiva, el apartado 2 en el artículo 9, por lo que respecta a las aportaciones no dinerarias en el que se establecía la valoración, por su valor real de los títulos de la sociedad adquirente por la sociedad transmitente, y el apartado 10 en el artículo 8, por lo que respecta al canje de valores, que establecía que en las operaciones de

canje de acciones, la sociedad dominante valoraría los títulos recibidos por el valor real de los títulos atribuidos a los socios de la sociedad dominada. No obstante, desafortunadamente, ninguna de las dos previsiones llegó a trasladarse al texto definitivo.

4. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto anteriormente, se desprende que la normativa interna destinada a corregir la doble imposición generada por las reglas de valoración del RFEAC para aportaciones no dinerarias es insuficiente para cumplir su cometido, al menos por lo que respecta a situaciones en las que la entidad adquirente registra el patrimonio adquirido por su valor histórico, no por su valor real, y resulta de aplicación la limitación prevista en el artículo 21.4 a) de la LIS, por lo que es necesaria una modificación que permita a la transposición de la Directiva que ha efectuado el legislador español contenida actualmente en el capítulo VII del título VII de la LIS, cumplir con la finalidad de neutralidad fiscal perseguida por aquella.

Bibliografía

ANTÓN, A. [1998]: «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores» en VV. AA., Cuatrecasas Abogados, *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, vol. 2, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. [2008]: «Régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, Editorial CISS, Grupo Wolters Kluwer, 2.ª ed., Madrid.

LINARES SÁEZ, M. D. y SERRANO GUTIÉRREZ, A. [2012]: *Memento Fiscalidad Contable*, Ediciones Francis Lefebvre, SA, Madrid.

LÓPEZ IRANZO, F. [1992]: «Adaptación del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores a la Directiva comunitaria de 23 de julio de 1990», *Revista Carta Tributaria*, 15 de marzo, n.º 155.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. [1992]: «Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores», *Revista Tribuna Fiscal*, n.º 19, mayo, págs. 54 y ss.

– [2013]: *Impuesto sobre Sociedades 2012*, Memento Práctico Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, SA, Madrid, enero.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. y ORTEGA CARBALLO, E. [2011]: *Memento Práctico de Reorganización Empresarial (Fusiones), 2011-2012*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, enero.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. [2005]: «Comentarios a la Directiva del Régimen Fiscal de Reorganizaciones Empresariales», *Revista Crónica Tributaria*, n.º 116, págs. 81-112. Ediciones Instituto de Estudios Fiscales.

MENÉNDEZ GARCÍA, G. y otros [2011]: «Régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial: observaciones y propuestas de la AEDAF. Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica», *Revista Papers AEDAF*, n.º 3, marzo. Edita Asociación Española de Asesores Fiscales, versión digital en www.aedaf.es.

ORTEGA CARBALLO, E. y PÉREZ IGLESIAS, J. M. [2013]: *Memento Práctico Francis Lefebvre, Plan General Contable*, Ediciones Francis Lefebvre, SA, Madrid.

SALTO GUGLIERI, J. y ROMERO DE LA VEGA, A. [2010]: *Manual de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores*, Editorial CISS, Grupo Wolters Kluwer, 1.ª edición, Madrid, julio.

SERRANO GUTIÉRREZ, A. [2000]: «Aplicación del artículo 28.5 de la LIS en la transmisión de participaciones adquiridas mediante operaciones de reorganización empresarial acogidas al régimen especial de diferimiento», *Revista Fiscal mes a mes*, n.º 53, págs. 33-46, julio.