

## ASUNCIÓN FISCAL DE LA RETROACCIÓN CONTABLE PARA FUSIONES Y ESCISIONES: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 91 DEL TRLIS

**José Daniel Sánchez Manzano**

*Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Granada.*

*Abogado. Asesor fiscal*

---

### EXTRACTO

El trabajo analiza la sustanciosa problemática interpretativa que ha provocado la circunstancia de que el artículo 91 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades asuma a efectos fiscales la fecha de retroacción contable para las fusiones o escisiones.

**Palabras claves:** retroacción contable, fusiones y escisiones.

---

*Fecha de entrada: 26-11-2012 / Fecha de aceptación: 25-01-2013*

**TAX EFFECT OF THE RETROACTIVE ACCOUNTING FOR  
THE COMPANIES INVOLVED IN A MERGER OR DIVISION.  
ANALYSIS OF THE ARTICLE 91 CONCERNING TO THE  
CORPORATE TAX LAW**

**José Daniel Sánchez Manzano**

---

**ABSTRACT**

This article analyzes the consequences caused by the tax effect of the retroactive accounting provided for the article 91 of the Corporate Tax Law for the companies involved in a merger or division.

**Keywords:** retroactive accounting, mergers and divisions.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. El artículo 91 del TRLIS. Descoordinación entre la fecha de efectividad jurídica y económica
3. Mención de problemas interpretativos que puede acarrear la solución tipificada
4. Relevancia tributaria de la fecha de retroacción contable. Planteamiento
5. Incidencia sobre el periodo impositivo
6. Reflexiones en torno a las rentas fiscales susceptibles de imputación
7. El artículo 91 del TRLIS como excepción cualificada
8. Posible incidencia sobre la determinación de los pagos fraccionados del IS
9. El artículo 91. Proyección sobre las distintas operaciones de reestructuración

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Analizaremos la solución prevista por el artículo 91 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, en adelante TRLIS), precepto incrustado en el régimen fiscal especial de la reestructuración empresarial (pero cuya operatividad en nuestra opinión desborda tal ámbito), en torno a la imputación de las rentas manifestadas por la sociedad que va a extinguirse, en principio operativo para las fusiones y escisiones totales, desde que se inicia el dilatado proceso plurifásico de fusión o escisión, en concreto desde el proyecto, hasta que culmina el mismo con su extinción jurídica.

La práctica de datar los efectos contables de una fusión o escisión antes de la eficacia jurídica de la operación se ha denominado «retroacción contable». El artículo 5 de la III Directiva exige que el proyecto contenga una indicación acerca de la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por cuenta de la absorbente<sup>1</sup>.

A nuestros efectos la rica problemática tributaria subyacente deriva, particularmente, de la divergencia entre la fecha de efectividad jurídica de la operación y la fecha de efectividad contable. Esta circunstancia compele a efectuar una verdadera reinterpretación del artículo 91, el cual, según matizaremos, otorga relevancia fiscal a la retroactividad contable, puesto que cristaliza una solución técnica que pugna un tanto con la filosofía de ciertas construcciones tributarias clásicas y que compele a articular un cuidadoso acoplamiento del precepto dentro del tejido que conforma nuestro Derecho Tributario.

El primer problema arranca ya a la hora de determinar el ámbito de proyección del artículo. Concebimos que la virtualidad del artículo 91 del TRLIS debe entenderse independiente de la aplicación del citado régimen especial. El precepto se enfoca a solventar un problema que está desconectado, en un plano lógico, de los problemas imbricados con la transmisión patrimonial, que es el eje implícito en torno al que gravita el artículo 83 del TRLIS. Pensemos además en la complejidad que provocaría la regularización en el supuesto de privación del régimen.

DÍEZ RODRÍGUEZ<sup>2</sup> niega relevancia al reconocimiento de la fecha de retroactividad contable, pues considera que en ausencia de un precepto que se pronunciara al respecto debería asimismo

<sup>1</sup> El origen histórico radicó en la necesidad práctica de resolver el problema de la posible alteración sobrevenida de los patrimonios de las sociedades participes, pues se necesitaba fijar estáticamente la ecuación de canje.

<sup>2</sup> DÍEZ RODRÍGUEZ, S.: «Efectos de la retroacción contable. Comentario a la consulta número 1 del BOICAC número 60/diciembre 2004» (*Boletín Tributario*, núm. 31, julio 2005). En similar sentido se pronunció SÁNCHEZ OLIVÁN en *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y Canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo. Estudio económico, jurídico, fiscal y contable*, editorial EDERSA, 1998, pág. 238.

entenderse que las rentas obtenidas durante tal intervalo se deben imputar fiscalmente a la adquirente. No compartimos esta aseveración. Aparentemente, en ausencia de previsión, la inercia del artículo 10.3 del TRLIS podría conducir a entender que juega la solución que, para la determinación del resultado contable, acepta el pacto de retroactividad. No obstante el planteamiento de armonización con el resultado contable, arbitrada por el artículo 10.3, no podría arrastrar semejante efecto pues la norma fiscal se halla apegada al eje de la personalidad jurídica. La propia existencia del artículo 91 confirma tal conclusión<sup>3</sup>.

Ahora bien paradójicamente en principio debe aceptarse, a la luz del actual Derecho positivo, que el juego del precepto queda reservado para las fusiones y escisiones totales mercantiles que quepan en los contornos conceptuales del artículo 83 del TRLIS aunque tales operaciones no sean tuteladas por el citado régimen. La anterior no es una solución neutral sino que descansa en barreras absolutamente artificiales, ya que el sentido del artículo 91 no debiera depender de que se cumplimente el concepto fiscal respectivo (por ejemplo una escisión total subjetiva debe encauzar la transmisión de ramas en dicha sede, circunstancia que no guarda conexión lógica con la proyección de este precepto). Tampoco resultaría coherente concebir que la privación del régimen con apoyo en el artículo 96.2 del TRLIS (por ejemplo en virtud del controvertido presupuesto de los motivos económicos válidos) desarticularía la operatividad del artículo 91.

No obstante el criterio administrativo se ha decantado por vincular el juego del artículo 91 con la consiguiente opción por el régimen<sup>4</sup>. La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) de 30 de mayo de 2012 (NFJ047599) en primer lugar invocó argumentos sistemáticos, aludiendo a la compresión del precepto en el tejido del régimen especial de la reestructuración empresarial (art. 83 a 96 TRLIS), si bien tal razón no puede ser autosuficiente, máxime si tenemos en cuenta que no se trata de un extremo contemplado por la Directiva 90/434/CEE, que es la fuente normativa de dicho régimen. En síntesis el TEAC consideró que la norma mercantil, en principio operativa en virtud del magnetismo inherente al artículo 10.3 del TRLIS, no puede prosperar directamente en esta sede, dado que «deja a la voluntad de las partes implicadas... la determinación de la fecha de retroacción. No es pues equiparable a efectos del artículo 10.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades el valor vinculante del artículo 235 d) del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas con el de otras normas mercantiles contables...».

A su vez el TEAC adujo que «el hecho de que en el régimen especial de diferimiento... conceda trascendencia fiscal a la retroacción contable mercantil se explica por su evidente irrelevancia en cuanto que en este régimen especial no tributan las plusvalías de fusión o escisión». En nuestra opinión tales reflexiones se hallan impregnadas de confusión técnico en torno al armonioso perímetro de proyección del precepto, puesto que el artículo 91 del TRLIS no se proyecta sobre las plusvalías afloradas en los elementos patrimoniales transmitidos en virtud de la operación de reestructuración,

<sup>3</sup> Si bien es cierto que el 12.3 de la antigua Ley 29/1991 denegaba expresamente la relevancia fiscal a la fecha de retroacción, a cuyo efecto el legislador juzgó necesario introducir tal puntualización.

<sup>4</sup> Podemos citar la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de abril de 2007.

las cuales tributarán o no en función de que resulte operativo el régimen de diferimiento, y en todo caso la renta latente tributaria en sede de la sociedad o sociedades transmitentes. Por el contrario la funcionalidad del artículo 91 es solventar el destino subjetivo de determinadas rentas «ordinarias» exteriorizadas por la sociedad que va a extinguirse durante un acotado intervalo temporal.

Paralelamente la jurisprudencia<sup>5</sup>, básicamente en relación con la subrogación en bases imponibles negativas prevista por el artículo 90.3 del TRLIS, ha puntualizado que no cabe confundir la retroacción contable con otro acaecimiento jurídico distinto, «que es el ejercicio de los derechos de crédito, entre otros los fiscales, anudados a ese fenómeno de sucesión universal», arguyendo que otra solución equivaldría a alterar la condición del sujeto pasivo, en virtud de pactos entre particulares. En síntesis estas soluciones han posicionado el evento de la retroacción contable (y sus efectos fiscales), concibiendo que no puede interferir sobre extremos que dependen de la efectividad jurídica de la operación.

## 2. EL ARTÍCULO 91 DEL TRLIS. DESCOORDINACIÓN ENTRE LA FECHA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA Y ECONÓMICA

Podemos diferenciar, en los complejos procesos plurifásicos de fusión y escisión, por un lado, fechas de relevancia jurídico formal. De otro lado, la norma mercantil recoge otras fechas, revestidas de contenido eminentemente económico, como la de valoración para determinar el tipo de canje, o la fecha a partir de la cual se producen los efectos contables de la fusión. Nuestro ordenamiento, conforme al artículo 46.1 de la Ley 3/2009 sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME), soluciona el problema de indeterminación, ante la secuencia de actos subordinados a otros y a un fin común, fijando como instante de plena eficacia jurídica, el de la fecha de inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil<sup>6</sup>.

Una cuestión ineludible a fijar es la fecha en que las rentas todavía manifestadas por el sujeto de derecho que va a extinguirse van a ser asumidas contablemente por la sociedad adquirente. Normalmente coincidirá la fecha de retroacción contable con la de formulación del balance de fusión, pues debiera producirse en la fecha que las entidades han tomado como referencia para valorar los patrimonios y computar la ecuación de canje<sup>7</sup>. El artículo 31.7 de la LME<sup>8</sup> precisa

<sup>5</sup> Así se pronunciaron las Sentencias de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2010, 25 de abril de 2011 o de 22 de junio de 2011 (NFJ043933).

<sup>6</sup> En concreto, de acuerdo con el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil se considera como fecha de inscripción la del asiento de presentación.

<sup>7</sup> En las operaciones de fusión impropia, en que la absorbente es ya titular de la totalidad del capital de la absorbida, no existe obviamente ecuación de canje. No obstante la norma sustantiva acepta también en tal hipótesis la retroacción contable.

<sup>8</sup> El artículo 235 d) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas reseñaba que el proyecto contendrá la mención concerniente a «La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio».

que el proyecto común de fusión contendrá la mención acerca de «la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad»<sup>9</sup>.

La solución arbitrada por el artículo 91 del TRLIS no puede ser, aparentemente, más sencilla, de acuerdo con este precepto: «las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles». El artículo conecta con el artículo 31.7 de la LME, consignando la aceptación del pacto de retroactividad contable, armonizando los linderos comprensivos del resultado contable y la base imponible.

Podríamos plantearnos el hipotético problema de que, como la imputación de rentas bascula sobre un dato que se ofrecerá con carácter previo a la inscripción registral, cuando aún no se ha perfeccionado el contrato, si después no se produce este presupuesto constitutivo, quedaría sin efecto la solución con la necesidad de regularización y la invalidez del criterio de imputación de rentas, las cuales se apegarían, sin especialidad, al sujeto que las manifestase. Sin embargo el problema de pendencia es teórico porque la producción de la fusión «económica» difícilmente permitirá una «vuelta atrás». Por lo demás el margen temporal será escaso dado que tras la aprobación del proyecto restará solo un plazo de seis meses hasta la aprobación definitiva (art. 30.3 LME). Además normalmente serán de escasa entidad las operaciones comerciales realizadas ya que la norma mercantil (art. 30.2 LME) vincula a los administradores a abstenerse de realizar actos que modifiquen sustancialmente el tipo de canje, una vez suscrito el proyecto.

Debe anticiparse que no resulta certero técnicamente el tenor literal del artículo 91 del TRLIS cuando alude a «las entidades **extinguidas**». El problema de imputación se plantea precisamente porque estas entidades no se hallan todavía extinguidas en el instante de generación de las rentas, en cuyo momento son sujetos pasivos del Impuesto sobre sociedades (en adelante IS).

Por lo demás debe apuntarse que a partir de la entrada en vigor de la normativa dimanante de la Ley 16/2007 (de reforma y adaptación de la legislación mercantil para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), y en particular tras la promulgación del nuevo Plan General de Contabilidad (aprobado por el RD 1514/2007, en adelante PGC) las actividades de un negocio adquirido pasan a ser de la adquirente en la fecha en que se plasma el control efectivo del negocio o negocios adquiridos.

A su vez, en esta línea, el criterio del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante ICAC) [Consulta publicada en el boletín del ICAC, septiembre de 2008, número 75 (NFC031154)] ha consistido en que, conforme a la metodología de registro contable de las fusiones y escisiones que queden ubicadas en el ámbito de aplicación de la norma relativa a combi-

---

<sup>9</sup> A su vez un borrador de normas de contabilidad aplicable, para fusiones y escisiones, precisaba que la fusión y escisión tendrían efectos contables en la fecha que se indique en el proyecto, a partir de la cual los ingresos, gastos y demás operaciones de las sociedades que se extinguen se registrarán por cuenta de la absorbente o de nueva creación.

naciones de negocios<sup>10</sup>, no puede designarse de manera potestativa una fecha de fusión a efectos contables distinta de la fecha de adquisición del control.

Por tanto en principio, a la luz de las circunstancias subyacentes, según informe de la abogacía del estado del Ministerio de Hacienda (transcrito en la citada consulta), la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, será la de toma de control efectivo por la sociedad adquirente. Por tanto cabrá señalar tal fecha «solo a partir de la fecha en que se adopte el acuerdo de la junta de accionistas de la sociedad adquirida sobre el proyecto de fusión, siempre que contenga pronunciamiento sobre la asunción de control del negocio por la adquirente, aunque no podrá referirse a un momento anterior».

### 3. MENCIÓN DE PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE PUEDE ACARRERAR LA SOLUCIÓN TIPIFICADA

Cabe remachar que, en nuestra opinión, el criterio arbitrado prevalece porque lo especifica expresamente el artículo 91. En ningún caso jugaría por aplicación supletoria de la norma mercantil, ante el silencio de la ley fiscal. Las coordenadas ordinarias, apegadas a la institución de la personalidad jurídica, vedarían la solución. Los problemas interpretativos se encadenan con motivo de la repetida discordancia entre la fecha de efectividad jurídica y contable que opera a modo de una cuña, si se permite la expresión.

A tal efecto en nuestro ordenamiento no se diferencia el instante de efectividad jurídica en función de que se trate de una fusión por absorción o constitución, como ocurre en el Derecho francés. A su vez la retroacción contable será previa a la inscripción registral de la escritura que otorgue personalidad jurídica a la nueva sociedad.

Así pues, en caso de fusión por constitución de nueva sociedad, las rentas, teóricamente, pueden ser imputadas a un ente que todavía no tiene la condición de sujeto pasivo del IS, al tratarse de una sociedad en formación. En su caso, durante tal intervalo, incluso podría ser considerada un ente sometido al régimen de atribución de rentas, si bien, respecto de los actos previos al nacimiento de la personalidad, es admitido que si la sociedad, una vez que obtenga personalidad jurídica, los asume, y son registrados contablemente, pasan a formar parte de su base imponible.

Podría ocurrir pues que la constitución de la nueva entidad tuviese lugar en el ejercicio económico siguiente a aquel en que las partes fijaron la fecha de retroacción. De esta manera si las rentas respectivas fuesen, en principio, imputables a la sociedad adquirente pero, a la finalización del periodo impositivo, esta aún no ha nacido jurídicamente, surge un problema manifiesto, en el

---

<sup>10</sup> Distinta es la hipótesis de fusiones o escisiones intragrupo, en cuyo marco ya existe control previo. Debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1159/2010.



sentido de que difícilmente cabría imputar rentas fiscales, en interrelación con el periodo impositivo en que se devengaron las mismas, a un *ente* que no ostenta todavía personalidad jurídica ni, por tanto, puede ser sujeto pasivo del IS.

Podríamos concebir dos soluciones, o bien que las rentas no se viesen afectadas por la regla del artículo 91 y fuesen imputables a la transmitente, omitiéndose las coordenadas del pacto de retroactividad (el cual provocaría una regularización una vez se hubiese constituido la adquirente), o que las asumiese la entidad de nueva constitución resultando imputadas al periodo impositivo en el cual la escritura esté inscrita o incluso al anterior en atención a que cabría entender que la sociedad, una vez constituida, asume los efectos inherentes a dichas rentas. En nuestra opinión la primera tesis no puede prevalecer. La remisión incardinada por la norma corrobora la intención de salvar escollos formalistas e induce a ejercitar una interpretación extensiva, dulcificándose el rigor del artículo 19 del TRLIS en torno a la imputación temporal.

En este contexto, como comenta FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>11</sup>, se ha detectado cierta repugnancia entre los prácticos a la hora de admitir la retroactividad contable en el marco de las fusiones por constitución de nueva entidad. Por ejemplo se ha objetado que en la fusión por constitución la retroactividad contable no puede ir más atrás que la fecha de la escritura, pues en otro caso podría violarse lo previsto por el artículo 119.2 del Reglamento del Registro Mercantil. El autor concluye que no existe divergencia al respecto en función de la modalidad de fusión.

GARCÍA ROZADO<sup>12</sup> interpreta que, en todo caso, si la inscripción de la escritura se lleva a cabo después de concluir el plazo para presentar la declaración correspondiente al periodo impositivo en el que las operaciones realizadas por la absorbida se consideraron efectuadas por cuenta de la absorbente, la retroacción no tendría efectos. Conciben que, una vez producida la inscripción, debería realizarse la regularización de las declaraciones presentadas por ambas sociedades para que la renta respectiva se impute a la absorbente.

En la práctica mercantil las empresas han fijado la fecha de efectos contables de manera potestativa, jugando, con carácter general, como límites, por una parte el de las últimas cuentas cerradas con anterioridad al proyecto y de otro lado la fecha en que ostente eficacia jurídica la fusión<sup>13</sup>. La doctrina mercantilista, aunque de manera no uniforme, ha establecido la posibilidad de retrotraer los efectos contables de la fusión, como máximo, hasta el día posterior al último balance anual cerrado ya que el cierre de ejercicio no puede alterarse una vez producido.

<sup>11</sup> *El Derecho contable de fusiones y escisiones* (2.ª edición ajustada al nuevo Plan General de Contabilidad), editorial Marcial Pons, 2008, pág. 98.

<sup>12</sup> «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», Capítulo XLII de la obra colectiva: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, 2.ª edición, editorial CISS, Valencia, 2008, pág. 1.032.

<sup>13</sup> El supuesto más habitual (denominado «modelo de frecuencia») ha consistido en los acuerdos en los cuales el proyecto de fusión hacía coincidir la fecha del balance de fusión, la de participación en beneficios de los nuevos accionistas y la de retroacción contable con el 31 de diciembre del año anterior a la fecha de aprobación de la inscripción.

Por su parte, la Resolución del TEAC de 2 de febrero de 2006 (NFJ022947) abordó una fusión por absorción en la que se consideró como fecha del balance de fusión y de finalización del ejercicio de la absorbida el 30 de noviembre de 1998, siendo la de efectos contables el 1 de enero de 1998, los acuerdos de la junta el 25 de febrero de 1999 y la inscripción registral el 7 de julio de 1999.

El Registrador Mercantil no había secundado las tesis doctrinales expresadas (respecto al límite hacia atrás para la retroacción) puesto que validó la fecha de retroacción. Sin embargo el TEAC razonó que si se ha producido el devengo del IS, con el cierre del ejercicio económico, entonces no se pueden retrotraer los efectos fiscales más allá de ese día, pues las operaciones efectuadas desde la fecha de retroacción hasta el 30 de noviembre de 1998 son «realizadas por una sociedad no fusionada ni en curso de fusión», teniendo en cuenta que el acuerdo recogido en el proyecto es de fecha posterior a la finalización del ejercicio social de la entidad absorbida. De este modo interpretó que el devengo del IS (con motivo de la finalización del periodo impositivo) arrastra las rentas apegadas sin especialidad a cada sujeto pasivo, obviándose el juego de la retroacción contable, dado que cuando se devenga el IS no se había iniciado el procedimiento de fusión.

Concretamente cuando se produjo el devengo la operación no se ha perfeccionado, en los términos destacados, y resulta costoso admitir que de la autoliquidación de la sociedad que será transmitente deban sustraerse rentas manifestadas. No obstante tal solución desconoce la literalidad del artículo 91 que se pliega, sin más, a lo previsto por la norma mercantil, compeliendo a limar los problemas suscitados. Tampoco podría objetarse el reparo de que se sobrepasa el resalado límite pues el Registrador calificó de forma positiva la operación.

En cualquier caso hemos expuesto el criterio del ICAC, que gravita en torno a la noción de toma de control efectivo (criterio aplicable a las escisiones). Esta solución debiera prevalecer pacíficamente en la órbita fiscal, con apoyo en el artículo 91 del TRLIS.

#### 4. RELEVANCIA TRIBUTARIA DE LA FECHA DE RETROACCIÓN CONTABLE. PLANTEAMIENTO

La previsión del artículo 91 debe conllevar la asunción de determinadas rentas, positivas o negativas, exteriorizadas por la entidad en proceso de extinción, a partir de la fecha de retroacción y hasta la consumación jurídica de la operación, por parte de la adquirente. No obstante la prevalencia de esta solución, ciertamente original en nuestro Derecho Tributario, ha sido discutida<sup>14</sup>. Los reparos derivan primordialmente del conservador apego a la personalidad jurídica

<sup>14</sup> MALVÁREZ PASCUAL (*La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Regímenes especiales*, ediciones CEF, Tomo II, pág. 279) indica que «la entidad adquirente aplicará con todas sus consecuencias la retroactividad contable que, sin embargo, no afectará a su declaración en el IS». LARGO GIL (*La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar. Proyecto de fusión e informes*, editorial Civitas, 2000, pág. 345) entiende que la cláusula de retroactividad contable «no es oponible a terceros ni, tampoco, a la Administración Tributaria».

como institución, el cual debiera ser sorteado en virtud de la versatilidad que demanda la ordenación jurídica de la materia, y, fundamentalmente, por la expresa licencia de la norma.

La Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante AN) de 28 de septiembre de 2000 (NFJ009857) interpretó que el artículo 91 se refiere a las sociedades extinguidas, «y estas solo pueden considerarse así, una vez que se ha inscrito la escritura... **la retroactividad que se pretende no puede tener eficacia a efectos fiscales**». La sentencia razonó que «el precepto resulta internamente coherente, pues se refiere de un lado a las sociedades extinguidas, y estas solo pueden considerarse así, una vez que se ha inscrito en el Registro Mercantil la escritura de disolución y fusión». En definitiva según la AN «la imputación se realizará de conformidad con lo previsto en las normas mercantiles, es decir los artículos 233 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA), que regulan el proceso de fusión, que no culmina sino con la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil». Y concluyó con un paradójico argumento, el cual entendemos viciado en su raíz por su carácter circular, apuntando «que la retroactividad que se pretende no puede tener efectos fiscales, lo demuestra el artículo 235 del TRLSA cuando precisa que el proyecto de fusión contendrá... la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la sociedad a la que traspasa su patrimonio, es decir, es exclusivamente a esos efectos a los que puede alcanzar el acuerdo».

En nuestra opinión el artículo 91 se refiere a las entidades «extinguidas», porque subordina la validez de la asunción de rentas a la consumación de la secuencia futura de acontecimientos conforme a Derecho, que culminaría con tal extinción. Es admitido, mercantilmente, que el término «a efectos contables» debe interpretarse en una acepción amplia, al suponer el traspaso no solo de la contabilidad sino también de los efectos económicos que se reflejan. Evidentemente si queda extinguida la absorbida no podría exteriorizar rentas, con lo que no tendría razón de ser el criterio.

En realidad la inscripción será el eje que convalidará el esquema. Ahora bien ello no se deriva de la dicción del artículo 91, sino de la lógica inherente al proceso. Por consiguiente debiera acudirse (a la hora de determinar el enlace instaurado por el art. 91 cuando se remite al Derecho privado) a la norma más específica y entrelazada, es decir, al artículo 31.7 de la LME, que sustituyó al antiguo artículo 235 d) del TRLSA.

La Sentencia de la AN de 2 de julio de 2007 (NFJ026358) sostuvo que la fecha de inscripción es la determinante en las relaciones con terceros, incluyendo a la Hacienda Pública. Tal jurisprudencia interpreta que lo manifestado en el proyecto no puede infringir lo establecido en la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, en adelante LGT), a tenor del cual la posición del sujeto pasivo y demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por convenios de los particulares (actual art. 17.5 LGT). En similar sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 20 de julio de 2009 (NFJ035912)<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La Sentencia del TS de 20 de julio de 2009 (NFJ035912) insistió en que «desde luego, queda fuera de lugar que los pactos entre sociedades inherentes a la fusión puedan alterar la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria». Sin embargo tales reflexiones, en sí mismas, no desvirtúan la posibilidad de la eficacia de la retroacti-

El TEAC en principio admitía la eficacia fiscal de la fecha de retroacción<sup>16</sup>. Sin embargo la Resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2007 se plegó a las tesis vertidas por la AN, solución confirmada por las Resoluciones de 14 de mayo de 2008 (NFJ029559) o de 17 de abril de 2008 (NFJ029313) que concluyeron que las operaciones realizadas por la sociedad fusionada o escindida se imputan a ella mientras mantenga su personalidad jurídica, con lo que la retroactividad «no puede tener eficacia a efectos fiscales». La Resolución del TEAC de 2 de febrero de 2012 (NFJ046313) sintetizó que «se ha pronunciado este Tribunal (Resolución de 16 de febrero de 2006), señalando que no debe darse eficacia fiscal a la retroacción contable.

La Sentencia de la AN de 13 de marzo de 2003 destacó que la fijación de una fecha de retroacción contable no puede alterar el régimen por el que se rige el periodo impositivo, teniendo en cuenta que no se admite la analogía para extender más allá de sus términos el ámbito del hecho imponible o el de bonificaciones, concluyendo que la mención de la fecha se refiere al momento en que se produzca eficazmente la fusión.

Concebimos que los referidos escollos son franqueables, y a menudo son simplemente colaterales al verdadero nudo central de la problemática. En este sentido no debe recurrirse a la analogía puesto que la redacción de la norma es clara. Por añadidura no nos hallamos ante un beneficio fiscal ni estrictamente ante un supuesto de extensión del ámbito del hecho imponible, aunque se incida sobre rentas. Además interesa poner de relieve que no se quebranta el principio de indisponibilidad de los elementos de la obligación tributaria. Los elementos afectados por el principio de reserva de ley no resultan trastocados, en un plano de inmediatez. El sujeto pasivo lo será pacíficamente cada sociedad entretanto no se extinga su personalidad jurídica. El periodo impositivo no resulta afectado. Tampoco se transfieren conceptos impositivos, ni obviamente créditos tributarios, sino que solo se imputan rentas fiscales que, en otro plano, contribuirán a cuajar una u otra base imponible.

Concluimos que no se advierte una barrera que frene la eficacia fiscal de la retroacción contable ni en el Derecho sustantivo, como corrobora la práctica del tráfico mercantil, ni en el Derecho tributario, con apoyo en la licencia expresa del artículo 91 del TRLIS, sin perjuicio de que la solución adoptada haga tambalearse relativamente determinadas construcciones clásicas, aferradas al eje de la personalidad jurídica. En cualquier caso la opción del artículo 91 violenta, hasta cierto punto, principios formalistas. Los índices de capacidad económica manifestados serán aglutinados en torno a un ente distinto del que exteriorizó la renta y el sujeto pasivo será diferente del que materializó el presupuesto determinante del hecho imponible.

---

vidad contable a los efectos que debe regir. El TS concluyó, de forma un tanto contradictoria, que «no puede admitirse como alegación jurídica, que, durante el periodo comprendido entre la fecha de retroacción "a los efectos contables" y la fecha de la fusión, la base imponible por el IS de la sociedad absorbida fuera nulo y que los resultados obtenidos eran por cuenta de la sociedad absorbente, pues, en cualquier caso, ambas sociedades realizaron operaciones mercantiles, cuyos resultados, a efectos de la fusión, debían figurar atribuidos a la sociedad absorbente desde una fecha determinada».

<sup>16</sup> La Resolución del TEAC de 27 de octubre de 2006 (NFJ024850) sintetizó que «en virtud de la remisión realizada por la norma fiscal a la norma mercantil, se admite la eficacia fiscal de la llamada retroacción contable... quiere decir que los resultados, positivos o negativos, de la sociedad absorbida serán realmente de la absorbente y formarán parte de su base imponible».

## 5. INCIDENCIA SOBRE EL PERIODO IMPOSITIVO

El artículo 91 del TRLIS omite cualquier alusión al periodo impositivo de las partícipes, el cual concluirá de conformidad con las reglas generales del impuesto (art. 26 TRLIS).

En el caso de balance de fusión preparado ad hoc<sup>17</sup>, como el artículo 36.1 de la LME exige que «deberá seguir los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual», ello desemboca en la necesidad de liquidar la cuenta de resultados, para graduar el patrimonio neto. Debemos considerar las circunstancias que pueden desembocar en la conclusión de un periodo impositivo para la entidad, teniendo en cuenta que la liquidación de la cuenta de resultados no figura ya como motivo de finalización.

El artículo 26.1 del TRLIS destaca que «El periodo impositivo coincidirá con el ejercicio económico». A su vez, de acuerdo con el artículo 26.2 a), concluirá el periodo impositivo cuando la entidad se extinga. A tal efecto, con apoyo en el artículo 11 de la tercera Directiva y su laxa alusión a un «estado contable» (y no a un balance), se ha argumentado que la confección del balance no precisa un cierre de ejercicio. No acarrea pues un cierre contable estricto, conforme a la contabilidad oficial, dado que no trata de determinarse un resultado contable apto para su distribución sino que el documento ostenta carácter extracontable. Por tanto no existe conclusión de ejercicio ni se materializa el devengo del IS. Sin embargo si a la hora de confección del balance de fusión se produjese un formal cierre del ejercicio ello provocaría la finalización del periodo impositivo de la «transmitedente» y, conforme al artículo 27 del TRLIS, el devengo del IS el último día de dicho periodo<sup>18</sup>.

## 6. REFLEXIONES EN TORNO A LAS RENTAS FISCALES SUSCEPTIBLES DE IMPUTACIÓN

La proyección del artículo 91, en atención a su excepcionalidad intrínseca, debe circunscribirse a los estrictos términos que prevé el precepto, exclusivamente a efectos de la determinación de la base imponible del IS.

Los gastos contables «generados» por la sociedad que va a extinguirse, en el conocido paréntesis temporal, serán deducibles, en sede de la adquirente, de conformidad con el artículo 19.3 del TRLIS.

<sup>17</sup> El artículo 36.1 de la LME destaca que el último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto. Si no cumpliera con tal requisito, será preciso elaborar un balance específico cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. El artículo 36.2 matiza que «En ambos casos podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables».

<sup>18</sup> En la anterior línea la Consulta número 1 del Boletín del ICAC núm. 60 [de diciembre de 2004 (NFC020261)] resaltó que las sociedades que se extinguirán como consecuencia de la operación no cierran su contabilidad en la fecha de retroactividad contable.

MALVÁREZ PASCUAL aparentemente<sup>19</sup> ha interpretado que el artículo va encaminado a abarcar aquellas rentas manifestadas con motivo de los ajustes contables con vistas a depurar los patrimonios en el marco de la determinación de la ecuación de canje. Concebimos que el nexo, que erige la expresión «a causa» va encaminado a especificar que la extinción de la entidad debe ser consecuencia inmediata de la perfección de la operación y en ningún caso pretende circunscribir las rentas afectadas a aquellas que se generarían en el proceso de depuración patrimonial enfocado, desde un punto de vista material, a facilitar la futura operación. Precisamente las rentas que provocarían semejantes ajustes efectuados por la entidad que se va a posicionar como transmitente (por ejemplo aplicación a resultados de provisiones) serán realizados antes de la confección del balance de fusión, en el cual se contemplan estáticamente los patrimonios ya «depurados», y por tanto no se verían afectadas por la fecha de retroacción.

Según la Resolución del TEAC de 28 de febrero de 2008 (NFJ028886) [o las Sentencias de la AN de 24 de enero (NFJ042078) y 6 de octubre de 2011 (NFJ044966)] la aceptación del pacto de retroactividad contable se circunscribe a las rentas derivadas de operaciones propias del negocio de la absorbida (compras, ventas, etc.), que esta realiza en el conocido ínterin. No obstante entendemos que, como regla general, se vierte también sobre rentas que no se corresponden con las derivadas del objeto social, sino que, por ejemplo, puede abarcar ingresos y gastos financieros, así como ingresos (indemnizaciones, etc.) y gastos extraordinarios, teniendo en cuenta que la base imponible del IS es de carácter sintético, con lo que solo cabría sustraer aquellas cuya subsunción tropezase con un escollo, pues no debe distinguirse donde el artículo no distingue.

Ahora bien el artículo 91 no se proyecta sobre las plusvalías susceptibles de exteriorización, precisamente mediante la transmisión que instrumenta la operación de reestructuración. Por tanto si opera la renuncia, total o parcial, se integrarán ordinariamente en base imponible de la sociedad transmitente.

El artículo 91 alude a «rentas de las actividades realizadas», si bien las amortizaciones podrían entenderse imbricadas con dichas actividades. El criterio contable<sup>20</sup> radica en que hasta la inscripción los activos y pasivos no han de traspasarse a la contabilidad de la beneficiaria<sup>21</sup>. Por una parte, tras la aprobación del nuevo PGC, es reconocido que la adquisición de una empresa se

<sup>19</sup> El autor (*La nueva regulación...*, op. cit., pág. 279) señala que «... el artículo 105 LIS determina el criterio de imputación de las rentas que se generan en la misma operación de reestructuración empresarial, como consecuencia de eliminaciones de ciertos activos o pasivos teniendo como contrapartida Pérdidas y Ganancias... (v. gr., gastos de constitución y de primer establecimiento)».

<sup>20</sup> Así lo puso de manifiesto la Consulta número 1 del Boletín del ICAC número 60/diciembre 2004 (NFC020261). Esta consulta destacó que para una fusión por absorción, cuya fecha de inscripción es posterior al cierre del ejercicio, las sociedades participantes deberán formular sus cuentas anuales individuales a dicha fecha de cierre, sin que las cuentas anuales de la sociedad absorbente incluyan los activos y pasivos de la absorbida, que aún no forman parte de su patrimonio.

<sup>21</sup> En ocasiones se ha propugnado que la solución contable (para no separar por ejemplo el inmovilizado y la amortización que le corresponde en el periodo) debiera estribar en que no se asignen a la absorbente los ingresos y los gastos de la absorbida sino tan solo su efecto neto (el resultado) mediante un apunte especial al final del periodo.

considera producida cuando se obtiene su control. Sin embargo ello no puede conllevar que, desde el prisma fiscal, quepa amortizar tales activos, los cuales jurídicamente no han sido transferidos.

Debemos hacer hincapié en la imbricación de estas rentas con la plusvalía susceptible de diferimiento. Las dotaciones a amortización incidirían potencialmente sobre el cómputo del valor neto contable de los elementos y por tanto sobre la medición de la renta que podría manifestar su transmisión. No parece coherente que el criterio seleccionado pudiese teóricamente influir sobre el cómputo de tales plusvalías.

El artículo 15.3 del TRLIS resulta ilustrativo en cuanto informa sobre el cómputo de la renta a integrar en base imponible si no prevalece el diferimiento. Dicho precepto prevé que se computará por diferencia entre el valor normal de mercado (en adelante VNM) de los elementos y su valor contable. De esta manera si las amortizaciones fueran, a partir de la fecha de retroacción, imputadas a la adquirente, no influirían sobre la graduación del valor contable, con lo que el sustraendo que fija el artículo 15.3 teóricamente podría ser medido en la fecha de efectividad económica, mientras que el minuendo de la diferencia (el VNM) sería computado en la posterior fecha de efectividad jurídica, lo que no puede considerarse factible. Entendemos pues que la atribución de rentas correspondientes a amortizaciones se encuentra con el escollo<sup>22</sup> que supone la no consumación de la transmisión de la propiedad en el momento contemplado, como es el criterio del TEAC<sup>23</sup>.

En el mismo sentido el artículo 91 no se proyecta sobre la amortización del fondo de comercio, pues se trata no de rentas de la absorbida sino resultantes del propio proceso de fusión, como enunció la Sentencia de la AN de 24 de enero de 2011 (NFJ042078), pues precisamente el fondo de comercio, como activo, aflora a partir del momento de perfección jurídica de la operación. La doctrina administrativa<sup>24</sup> y jurisprudencial<sup>25</sup> ha insistido en que cabe la amortización del fondo de comercio solo a partir de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura.

Los ingresos o gastos contables carentes de eficacia fiscal (como gastos no deducibles) serían, en su caso, imputados contablemente a la adquirente, a la cual se asociarían las consecuencias tributarias futuras entrelazadas, de acuerdo con la subrogación operada conforme al artículo 90 del TRLIS y 40.3 de la LGT.

<sup>22</sup> VICENT CHULIÁ («Introducción», en la obra colectiva *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 17 a 67, pág. 42) estima que la retrodatación solo puede referirse a «operaciones» (ingresos y gastos de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias), sin que pueda incluir la facultad de amortización.

<sup>23</sup> Cabe citar las Resoluciones del TEAC de 14 de junio de 2007, 21 de diciembre de 2006 (NFJ025257) o de 2 de febrero de 2012.

<sup>24</sup> La Resolución del TEAC de 27 de octubre de 2006 (NFJ024850) puso de relieve que no obsta en absoluto a tal solución el hecho de que el criterio opuesto hubiese sido confirmado por los auditores de cuentas, pues «en nada limita la facultad atribuida a la Administración Tributaria por el artículo 148 de la Ley 43/1995 de aplicar las normas contables a los efectos de determinar la base imponible».

<sup>25</sup> Pueden citarse las Sentencias de la AN de 24 de enero de 2011 (NFJ042078), 6 de marzo de 2011 o 6 de octubre de 2011 (NFJ044966).

## 7. EL ARTÍCULO 91 DEL TRLIS COMO EXCEPCIÓN CUALIFICADA

El artículo 91 reconoce eficacia fiscal a la fecha de retroacción contable pero únicamente en la estricta órbita de este impuesto. De este modo, fuera de la esfera del IS la retroacción contable no apareja ningún efecto. A su vez el punto de conexión instaurado, en la esfera del IS, se limita a la imputación de rentas, sin extenderse obviamente a parámetros diferentes como las deducciones en cuota<sup>26</sup>.

Las sociedades que se vayan a extinguir estarán obligadas a cumplir sus obligaciones tributarias materiales y formales, entretanto no se consume su extinción, sin que incida la solución prevista en el artículo 91<sup>27</sup>. Las respectivas operaciones (afectadas por la retroacción) pueden representar, sin particularidad, entregas de bienes o prestaciones de servicios a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA)<sup>28</sup>.

El gasto respectivo se derramaría en base imponible del IS del sujeto que correspondiese. Sin embargo las retenciones practicadas por la sociedad que va a ser absorbida deberán ser ingresadas por el sujeto de derecho retenedor.

Podemos preguntarnos si es la absorbente la que puede aplicar las retenciones soportadas (asociadas a los ingresos imputados a ella en virtud del art. 91, por ejemplo ingresos financieros) en su declaración de IS, entretanto ultima su extinción la absorbida. De un lado tales retenciones soportadas se imbrican con las rentas, en cuanto estas generarán la cristalización de la cuota tributaria, de la que la retención soportada representa anticipo, con lo que parece aconsejable que sigan el destino de las rentas, resultando aplicadas por la absorbente. Ahora bien el carácter excepcional del artículo 91 nos conduce a pensar que debe ser quien efectivamente soporte la retención quien pueda aplicarla. Evidentemente, tras la consumación de la operación, la absorbente podría pedir en su caso devolución de tales retenciones soportadas, en virtud de la subrogación operada de acuerdo con el artículo 90 del TRLIS.

Los actos de disposición que efectúe la entidad aún no extinguida surtirán los efectos fiscales ordinarios, pues obviamente mantiene la titularidad de su patrimonio. Por ejemplo si, en tal intervalo, transmite acciones, esta circunstancia podría desplegar consecuencias en orden a la aplicación de la sujeción por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados conforme al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, sin que tal traslación diluya su sustan-

<sup>26</sup> Puede mencionarse en tal línea la contestación de la DGT de 22 de julio de 1999 [V0058/1999 (NFC009788)].

<sup>27</sup> La Sentencia del TS de 21 de marzo de 2012 (NFJ046684) sintetizó que «La retroacción contable acordada no puede implicar la modificación de ejercicios cerrados y de impuestos ya devengados, y, lo único que comporta es que tales operaciones contables (las del ejercicio devengado y cerrado) las realice la entidad absorbente por cuenta de la absorbida».

<sup>28</sup> Por ejemplo a efectos de la fijación del volumen de operaciones a tener en cuenta para determinar el periodo de liquidación, durante el ejercicio siguiente, de conformidad con el artículo 71.3 del Reglamento del IVA, la absorbente computaría las operaciones por ella efectuadas antes y después de la fusión, sin englobar las realizadas por la absorbida.



tividad<sup>29</sup>. El presupuesto de la retroacción no afecta a la validez jurídica de las operaciones que, entretanto conserven su personalidad jurídica, efectúe la sociedad tanto con terceros como con la absorbente (sin que estas últimas se extingan por confusión de derechos dado que no se reúnen en la misma persona la condición de deudor y acreedor hasta que se extingan las absorbidas).

## 8. POSIBLE INCIDENCIA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS PAGOS FRACCIONADOS DEL IS

La transmitente, en el marco del IS, entretanto la operación no obtenga eficacia jurídica, deberá cumplir sus obligaciones tributarias, incluida la de efectuar los pagos fraccionados que correspondan. La exigencia de realizar pagos fraccionados es una obligación autónoma al disponer el artículo 45.5 del TRLIS que «el pago fraccionado tendrá la consideración de deuda tributaria», con independencia del resultado de la liquidación.

Debemos determinar, asentada la anterior premisa, la repercusión de la regla arbitrada por el artículo 91, diferenciando en función de cuál sea la metodología de determinación del pago, conforme: a) la modalidad de la cuota del último periodo impositivo, cuyo plazo de declaración se hallase vencido (art. 45.2 TRLIS); o bien b) Determinación de la base imponible de los 3, 9 y 11 primeros meses del año (art. 45.3 TRLIS). En principio debemos partir de que la regla del artículo 91 no interfiere con la obligación de realizar pagos fraccionados, si bien debemos analizar si puede filtrar matices interpretativos.

Concluimos, si nos enmarcamos en la primera modalidad, que la absorbida deberá presentar la declaración del pago fraccionado y efectuar el ingreso entretanto no se ultime su extinción. Lo anterior a pesar de que como las rentas, a partir de la remachada fecha, se imputan a la absorbente ello puede redundar en la ulterior devolución del pago a cuenta. De este modo se quebrantaría un principio consistente en que los pagos a cuenta deben responder de la manera más fiel posible a lo que se prevé como resultado final de la obligación de acuerdo con la capacidad contributiva manifestada. Aparentemente la conclusión no puede ser otra si atendemos a la mecánica de génesis del pago fraccionado, que se desentiende de las rentas exteriorizadas.

Sin embargo podría abrirse paso otra interpretación más flexible. La jurisprudencia<sup>30</sup> ha matizado que el pago fraccionado posee carácter instrumental lo que conlleva que no pueda exigirse si la deuda principal se encuentra satisfecha por extinguirse la obligación que les brinda esencia. Esta tesis es básicamente trasladable a esta órbita pues la deuda no nacería, en principio, en relación con las rentas analizadas.

<sup>29</sup> Así lo subrayó la Resolución del TEAC de 1 de marzo de 2006 (NFJ023508). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2011 (NFJ043840) resaltó que la retroacción solo opera a efectos de imputación de rentas, «pero no desde luego para afirmar que quien era dueño de unos bienes dejó de serlo, por una ficción legal».

<sup>30</sup> Pueden citarse las Sentencias del TS de 27 de febrero de 2007 (NFJ025573) y de 5 de marzo de 2008.

En caso de que la absorbida determinase sus pagos fraccionados, de conformidad con la segunda metodología, puede sostenerse que la transmitente deberá presentar pagos fraccionados, computando las bases imponibles «obtenidas» a pesar del pacto de retroactividad. Implícitamente este parece ser el criterio de la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) (Consulta 1361/1998, de 21 de julio de 1998 (NFC008351). Existen argumentos que refuerzan tal solución, en particular la autonomía de la obligación de efectuar pagos fraccionados así como el carácter restrictivo de la interpretación que debe imperar respecto al artículo 91, fuera de su terreno natural. Sin embargo la interpretación más armoniosa radica en admitir el plegamiento a la fecha de retroacción. Fundamentalmente porque la regla alude a la base imponible de un intervalo, y esta es imputada a la adquirente. No es que el artículo 91 invada una esfera diferente a la que le corresponde sino que la regla de cómputo remite a la base imponible.

Ahora bien si la adquirente es de nueva constitución surge el inconveniente de que aún no se ha engendrado jurídicamente ni puede ser sujeto pasivo del IS, entretanto no se perfeccione la operación. Por tanto no efectuará pagos fraccionados lo que conllevaría un perjuicio financiero a la Hacienda Pública (si ni una ni otra sociedad ingresa pagos fraccionados), circunstancias que impiden aceptar la solución antedicha.

## 9. EL ARTÍCULO 91. PROYECCIÓN SOBRE LAS DISTINTAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

El artículo 85.1 de la LME especifica que el proyecto de cesión global del activo y pasivo deberá contener mención de la fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables, de acuerdo con lo dispuesto en el PGC. En cualquier caso los formatos jurídicos que caben en el régimen fiscal deberán estructurarse conforme a la estructura de las fusiones mercantiles.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 4 de octubre de 1994 admitió la licitud de la retrodatación en relación con una aportación de rama de actividad<sup>31</sup>, precisando que solo ostentaba efectos internos. En todo caso debemos excluir de los contornos del artículo 91 a los negocios que no provocan extinción de la transmitente<sup>32</sup>.

Por el contrario MENÉNDEZ GARCÍA<sup>33</sup> ha interpretado que la referencia a las «sociedades que se extingan» no impide la aplicación del precepto a la escisión parcial, pues ello podría implicar una vulneración de la sexta directiva, la cual exige que el proyecto mencione la fecha de retroactividad contable y es aplicable a «operaciones asimiladas a la escisión».

<sup>31</sup> La Resolución del TEAC de 4 de abril de 2003 (NFJ014982) admitió puntualmente la eficacia fiscal de la fecha de retroacción contable para una cesión de cartera de seguros, apoyándose en la norma sustantiva especial.

<sup>32</sup> Cabe aludir a la contestación de la DGT de 10 de junio de 2004 [V0050/2004 (NFC019594)] o la de 18 de enero de 2010 [V0017/2010 (NFC037131)] o la de 9 de junio de 2009 [V1352/2009 (NFC033704)].

<sup>33</sup> *Fiscalidad de la escisión de sociedades anónimas*, editorial Aranzadi, 2006, Navarra, págs. 134 y 135.

La práctica mercantil ha admitido la retroacción para escisiones parciales. Sin embargo el término «extinción» tiene una cristalina significación jurídica que no cabe advertir en la escisión parcial, y el artículo 91 se refiere a entidades extinguidas con motivo del desarrollo de la operación, sin que la mención pueda ostentar otro sentido que acotar los negocios afectados por el precepto. Aparentemente la extinción debe ser «a causa» del desarrollo de la operación, ya que si concibiésemos que alude a rentas derivadas de su realización, estas permanecen sustraídas de la esfera del artículo 91.

El antiguo artículo 235 del TRLSA expresaba que el proyecto de fusión debía mencionar la fecha «a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan». Sin embargo el actual artículo 31.7 de la LME destaca sucintamente que el proyecto contendrá mención acerca de «la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables». De este modo no hace mención a las sociedades extinguidas, lo que podría repercutir en la conclusión de su proyección sobre la escisión parcial. Paralelamente es defendible que el tenor literal del artículo 91 se halle influenciado por la previa redacción que incorporaba el artículo 235 d) del TRLSA. En esta línea una interpretación correctiva podría llevar a concluir que la modificación sustantiva debe encontrar correlativo reflejo en el entendimiento del artículo 91. En cualquier caso la mención del precepto es nítida por lo que tal solución chocaría con el mandato normativo.

Ahora bien estimamos que, de *lege ferenda*, sería oportuno desconectar el eje del precepto del presupuesto de la extinción de la transmitente. Por ejemplo, aunque esta constatación se inscriba en otro plano, la LME ha aclarado que la sucesión universal no depende de dicho factor. Además la regulación demanda flexibilidad, teniendo en cuenta que la construcción del artículo 91 introduce una solución cualificada, con independencia de que prospere el régimen, que se erige en pieza del «Derecho fiscal de fusiones».

---

## Bibliografía

DÍEZ RODRÍGUEZ, S. [2005]: «Efectos de la retroacción contable. Comentario a la consulta número 1 del BOICAC número 60/diciembre 2004», *Boletín Tributario*, núm. 31, julio.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2008]: *El Derecho Contable de fusiones y escisiones* (2.ª edición ajustada al nuevo Plan General de Contabilidad), editorial Marcial Pons.

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», Capítulo XLII de la obra colectiva: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, 2.ª edición, editorial CISS, Valencia, págs. 965 a 1.064.

LARGO GIL, R. [2000]: *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar. Proyecto de fusión e informes*, editorial Civitas.

MALVÁREZ PASCUAL, L. A. [1996]: *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Regímenes especiales*, ediciones CEF, Tomo II.

MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2006]: *Fiscalidad de la escisión de sociedades anónimas*, editorial Aranzadi, Navarra.

VICENT CHULIÁ, F. [2001]: «Introducción» en la obra colectiva: *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17 a 67.