

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL TRLIS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES Y ESCISIONES. EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE Y DE LA ENTIDAD ADQUIRENTE

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar, dentro del ámbito del régimen especial de fusiones y escisiones previsto al efecto en el TRLIS, la cuestión relativa a las participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente, objeto de regulación en el artículo 89 del citado texto legal. A tal efecto son objeto de estudio, entre otras cuestiones, las relativas al régimen fiscal aplicable tanto a la renta producida por la anulación de la participación que la entidad transmitente tuviese en la entidad adquirente, como a aquella otra renta derivada de la anulación de la participación que la entidad adquirente tuviese en la entidad transmitente. Todo ello sin perjuicio del análisis de otras cuestiones especialmente conflictivas como, por ejemplo, la referente a la compensación de las bases imponibles negativas.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, fusiones, escisiones, régimen especial, entidad transmitente, entidad adquirente, participaciones, anulación y porcentaje de participación.

THE APPLICATION OF ARTICLE 89 TRLIS IN MERGERS AND DIVISIONS OF CORPORATIONS. AROUND THE PARTICIPATION IN THE CAPITAL OF THE TRANSFEROR AND THE ACQUIRER

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Abstract:

THIS paper aims to examine, within the scope of the special regime for mergers and divisions for this purpose in the TRLIS, the issue of the shares in the capital of the transferor and the acquirer, subject to regulation in article 89 of that statute. To this effect are being studied, among other issues, relating to the taxation applicable to both the income produced by the cancellation of the share that the transferor had in the acquirer, as that other income from the cancellation of the participation that the acquirer had the transferor. This is without prejudice to the analysis of other contentious issues especially as, for example, regarding the compensation of tax losses.

Keywords: Corporate Income Tax, mergers, special arrangements, transferor, transferee entity, partnership, annulment and percentage of ownership.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Tratamiento fiscal de la renta producida por la anulación de la participación que la entidad transmitente tuviese en la entidad adquirente.
- III. Renta derivada de la anulación de la participación que la entidad adquirente tuviese en la entidad transmitente.
 1. Supuestos en los que la participación resulta ser igual o superior al 5 por 100.
 2. Supuestos en los que el porcentaje de participación resulta inferior al 5 por 100.
 3. Recapitulación.
- IV. Análisis de la sucesión en derechos y obligaciones.
- V. Alcance de la compensación de bases imponibles negativas.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, con motivo de la realización de una operación de fusión o escisión suele suceder que, antes de la realización de dicha operación, aquella entidad que adquiera los bienes (es decir, la entidad absorbente) posea una participación en la sociedad absorbida o transmitente de dichos bienes. Y, *mutatis mutandis*, cabría igualmente la posibilidad de que la sociedad absorbida o transmitente de los bienes tuviera acciones o participaciones de la sociedad absorbente de dichos bienes.

Como es lógico, con posterioridad a la realización de dicha operación, al haberse extinguido ya la sociedad de cuyo capital eran representativas, dichas acciones o participaciones carecerán de todo valor, debiendo ser eliminadas ¹.

Tal y como tendremos ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo, dicha participación habrá de ser anulada contra la parte proporcional de los bienes recibidos. En efecto, con posterioridad a la realización de la operación, al extinguirse sin liquidación la sociedad absorbida o transmitente de los bienes, dichas acciones o participaciones deberán anularse, tanto en el supuesto de que la entidad absorbente tuviera acciones de la absorbida como en el caso de que fuera esta última (la absorbida) la que tuviese acciones o participaciones de la absorbente.

En ambos supuestos la referida anulación de las acciones o participaciones daría lugar al surgimiento de una renta por la diferencia resultante entre el valor atribuido a la participación en ese momento y aquel por el que estuviese contabilizada. No obstante, como ya sabemos, con motivo de la aplicación del régimen especial dichas rentas se diferirían. Y, en el supuesto de que el valor de esa parte de los bienes recibidos difiriese del valor contabilizado de la participación, se generaría una

¹ Concretamente, dicha participación eliminada se corresponde con una parte de los bienes de la sociedad transmitente que se reciben. Y precisamente sobre esa parte no existe obligación por parte de la entidad adquirente de emitir capital, ya que no tiene por qué entregar acciones a cambio a los socios de la entidad transmitente.

renta cuyo tratamiento fiscal será distinto en función de si la entidad adquirente participa en, al menos, un 5 por 100, o en un porcentaje inferior, debiendo tomarse en consideración a este respecto la actual regulación contenida en el artículo 89 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

El citado precepto del Real Decreto Legislativo 4/2004, a través de sus cuatro apartados, se encarga de regular este conjunto de cuestiones, estableciendo la valoración de los bienes adquiridos y sus efectos fiscales únicamente en el supuesto de que el porcentaje de participación que tuviera la entidad adquirente en las acciones o participaciones en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación societaria fuese igual o superior al 5 por 100.

Concretamente a través de sus cuatro apartados el artículo 89 del TRLIS alude a las siguientes cuestiones: renta derivada de la anulación de las acciones o participaciones que tiene la entidad adquirente en la entidad transmitente cuando el porcentaje resulta ser igual o superior al 5 por 100; renta derivada de la anulación de las acciones o participaciones que tiene la entidad adquirente en la entidad transmitente cuando el porcentaje resulta ser inferior al 5 por 100; valoración de los bienes recibidos en la sociedad adquirente y efectos fiscales derivados del exceso de valor de los bienes adquiridos cuando el precio de adquisición de las acciones de la entidad transmitente resulta ser superior a los fondos propios de la entidad transmitente; y el supuesto en el que la entidad transmitente adquiere acciones o participaciones en la entidad adquirente.

A lo largo del presente trabajo nos proponemos analizar en profundidad cada una de estas situaciones.

II. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA PRODUCIDA POR LA ANULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN QUE LA ENTIDAD TRANSMITENTE TUVIESE EN LA ENTIDAD ADQUIRENTE

Ciertamente puede llegar a suceder que la entidad transmitente posea una participación en la entidad adquirente antes de la realización de la operación societaria. Al transmitirse la empresa o una parte de la misma (dentro de la cual habría que incluir dicha participación), esta habría de anularse, suponiendo dicha anulación el surgimiento de una renta para la entidad transmitente por la diferencia resultante entre el valor atribuido a la participación en ese preciso instante y el valor por el que estuviese contabilizada, con independencia de que al amparo del régimen especial aplicable dichas rentas se difiriesen.

Y, a tal efecto, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89.4 del TRLIS, no se integrará dicha renta con ocasión de la transmisión de la participación en la base de la entidad transmitente, incluso en el supuesto de que la entidad hubiera ejercido la facultad de renuncia al régimen de diferimiento establecido en el artículo 84.2 del citado Texto Refundido. De este modo, con motivo de la realización de la operación societaria esas acciones que adquiere la entidad transmitente de la

entidad adquirente pasarán a ser titularidad de esta última, debiendo computarse a los efectos del número de acciones a emitir para efectuar el canje de acciones con los socios de la entidad transmitente. Y, con motivo de la anulación de dichas acciones o participaciones, no se integrará renta alguna en la sociedad transmitente.

III. RENTA DERIVADA DE LA ANULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN QUE LA ENTIDAD ADQUIRENTE TUVIESE EN LA ENTIDAD TRANSMITENTE

En aquellos supuestos en los que la entidad adquirente tenga acciones o participaciones de la entidad transmitente, efectuándose una operación societaria de fusión por absorción, las acciones o participaciones en poder de la entidad adquirente corresponderán a una parte de los bienes de la sociedad transmitente que se reciben, no teniendo que emitir capital sobre esa parte la entidad adquirente, dado que no tiene que entregar acciones a cambio a los socios de la entidad transmitente. Tal y como ya se ha señalado, dichas acciones o participaciones habrán de anularse, en la medida en que la sociedad transmitente se disuelve sin liquidación.

Pues bien, dicha participación habrá de anularse precisamente contra la parte proporcional de los bienes recibidos. Y, en el hipotético caso de que el valor de dicha parte de los bienes recibidos difiriese del valor contabilizado de la participación, terminaría generándose una renta cuyo tratamiento fiscal, a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 89 del TRLIS, presentará un carácter diverso en función de que la entidad adquirente participe en, al menos, un 5 por 100 o bien en un porcentaje inferior.

Con carácter general la norma exige una participación previa de la entidad adquirente en la transmitente de, al menos, un 5 por 100. De este modo, por ejemplo, en el supuesto de una fusión inversa habría que concluir que no se generaría fondo de comercio alguno a efectos de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS, al no contar la entidad absorbente con participación en la entidad absorbida, tal y como se encargó de clarificar la Dirección General de Tributos (DGT), entre otras, en su contestación a Consulta de 30 de junio de 2009 (NFC033765). Y ello al margen de que, desde un punto de vista estrictamente contable, sí que pueda llegar a generarse un fondo de comercio de fusión.

Repárese además en el hecho de que la exigencia de este porcentaje de participación mínimo resulta coincidente con el requisito establecido en los artículos 30.2 y 30.5 del TRLIS de cara a la aplicación de la deducción por doble imposición interna sobre dividendos y plusvalías. Ello conduce a pensar que lo que el legislador del Real Decreto Legislativo 4/2004 introduce a través de su artículo 89.3 no es en definitiva sino un mecanismo de corrección de la doble imposición interna ².

² A este respecto cabe plantearse no obstante si, en la práctica, se encuentra justificada la exigencia de este umbral mínimo de cara a la corrección de aquellas situaciones de doble imposición, ya sea a través de la vía del artículo 89.3 del TRLIS (objeto de nuestro estudio) o del artículo 30.2 y 5 del citado Texto Refundido. No se entiende bien por qué se requiere la concurrencia de un umbral mínimo del 5 por 100 para que se produzcan los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la generación del fondo de comercio. En este sentido cabría plantearse si dichos efectos fiscales no habrían de reconocerse, cuando menos, en aquellos importes en los que se hubiese producido una integración de renta.

1. Supuestos en los que la participación resulta ser igual o superior al 5 por 100

Siendo la participación igual o superior al 5 por 100 la anulación de la participación podría llegar a generar una renta, consecuencia del hecho de que el valor de la parte proporcional del patrimonio recibido resultase diferente al valor contable de la participación. Pues bien, dada esta situación señala el artículo 89.1 del TRLIS que la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente, no se integrará en la base imponible de la entidad adquirente. E idéntico criterio resultará aplicable respecto de la renta negativa. Por otra parte, no se aplicará la deducción por doble imposición que establece el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004.

Adviértase que, a pesar de que la renta no deriva en sentido estricto de la anulación de la participación sino de la valoración por el valor razonable de la participación previa, dicha valoración únicamente resulta admisible en una combinación de negocios por causa de fusión. La correspondencia con reservas de la entidad participada únicamente puede establecerse sin discusión cuando el valor razonable de las inversiones previas no excede del correlativo valor en libros de la entidad transmitente. Y, en el supuesto de que el valor razonable excediese del valor en libros, no parece que pueda establecerse dicha correspondencia a menos que, a consecuencia de la propia transmisión patrimonial inherente a la fusión, surja una nueva reserva.

¿Cuál es la razón de ser de esta no tributación de la renta generada con motivo de la anulación? A nuestro juicio su justificación reside en el hecho de que, si la renta deriva de las reservas de la entidad transmitente, esta ya ha tributado sobre las mismas, con lo que se volvería a someter a gravamen dicha renta. En cambio, su no integración en la base imponible de la entidad adquirente evita el surgimiento de esta doble imposición sin necesidad de tener que aplicarse la deducción prevista al efecto en el citado artículo 30 del TRLIS.

Ahora bien, a pesar de que el tenor literal del artículo 89.1 del citado Texto Refundido nada señala al efecto de manera expresa, considera la DGT ya desde sus Resoluciones de 27 de diciembre de 1996 (NFC004368) y de 20 de mayo de 1998 que por reservas de la entidad transmitente ha de entenderse, tanto las reservas expresas reflejadas en la contabilidad de dicha entidad, como las tácitas que puedan corresponder a la existencia de un fondo de comercio o, en su caso, a un mayor valor de los activos de la misma ³.

³ Mediante Resolución de 24 de julio de 2008 (NFJ030299) analizó el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la cuestión relativa a la determinación de los gastos deducibles (amortización del inmovilizado inmaterial y fondo de comercio) dentro de este régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, declarando al efecto que el conjunto de las participaciones existentes en el capital de la entidad transmitente y de la adquirente representan un fondo de comercio financiero resultante de la realización de las operaciones de fusión. Concretamente, y tomando como punto de partida la normativa integrada por la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (art. 103.3) y el antiguo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) aprobado mediante Real Decreto 537/1997, de 14 de abril (art. 1.4), en los que se disponía que el fondo de comercio de fusión únicamente podía amortizarse desde la fecha de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil y no desde la fecha de retroacción contable (ya que no se puede amortizar algo que no se encuentra en el patrimonio de la empresa), estimó el TEAC que no se trataba de una renta de la entidad absorbida, sino que se derivaba y se originaba en el propio proceso de fusión. La eficacia de la fusión queda así supeditada a la inscripción lo que, a contrario sensu, significa que sin su inscripción no hay efectos, constituyendo uno de ellos precisamente el relativo a la adquisición del fondo de comercio.

De cualquier manera en estos supuestos la entidad adquirente habrá de valorar fiscalmente los bienes recibidos por el valor histórico que tuviesen en la sociedad transmitente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 del TRLIS, pudiendo llegar a plantearse diversas situaciones que pasamos a analizar ⁴.

En primer lugar, que el valor de la participación que se anula fuese inferior al valor histórico de los bienes recibidos, en cuyo caso se generaría en la entidad adquirente una reserva de fusión. Y, en segundo término, que el valor de la participación anulada fuese superior al valor histórico de los bienes recibidos. En este último supuesto lo que se generaría en la entidad adquirente sería un mayor importe de sus activos originado por la diferencia resultante entre el valor contable de la participación ahora anulada y el valor histórico de los bienes recibidos, el cual podría imputarse a los bienes recibidos o bien, en su caso, ser tratado como un fondo de comercio.

Lo cierto es que en estos supuestos, es decir, cuando la participación que tiene la entidad adquirente de la entidad transmitente alcanzase, al menos, un 5 por 100, habría de aplicarse el artículo 89.3 del TRLIS, ubicado en el citado texto legal dentro del Capítulo VIII del Título VII, relativo al régimen de neutralidad fiscal aplicable a determinadas operaciones de reestructuración. Dicho precepto prevé así la amortización fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y la del fondo de comercio que pueda ponerse de manifiesto con ocasión de la misma (el llamado fondo de comercio de fusión), en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbente participe en el capital de la sociedad absorbida en, al menos, un 5 por 100, siempre y cuando la absorbente pueda probar que la entidad o persona física que le hubiese transmitido las participaciones en la absorbida tributase en España o en otro país de la Unión Europea (total o parcialmente) por la

En consecuencia el fondo de comercio aflora con motivo de la inscripción de la fusión, pudiendo ser amortizado a raíz de la fecha de su presentación en el Registro. Y el pacto de retroacción contable no puede suponer en ningún caso una anticipación en la amortización del fondo de comercio generado por la fusión que aflora, insistimos, con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, instante a partir del cual puede ser objeto de amortización. De este modo, concluyó el TEAC que el fondo de comercio financiero resultante de las operaciones de fusión, en el supuesto de que la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente, aflora en el momento en el que se inscribe la fusión en el Registro Mercantil, siendo la amortización procedente únicamente aquella que se genera a partir de dicho instante, y resultando trascendente la retroacción contable de los efectos de la fusión. El fondo de comercio de fusión se podrá amortizar solo desde la fecha de la inscripción de la fusión y no desde la retroacción contable. Y aquella valoración que deba ser realizada habrá de referirse al tiempo de la escisión según las circunstancias de ese preciso instante, de manera que perderán toda validez aquellos informes que se hubiesen realizado a posteriori. En palabras del TEAC: «No resulta aplicable el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores del Capítulo VIII del Título VIII de la LIS, pues aunque en una primera fase hay un proceso de concentración empresarial, que puede considerarse un motivo económico válido, la posterior escisión total no conlleva tal motivación económica, ya que se pretende simplemente la separación de los socios y la salida de una parte de ellos, que transmiten su participación a los demás, sin coste fiscal».

⁴ Tal y como declaró el TEAC en su Resolución de 9 de octubre de 2008 (NFJ030881), habiéndose producido una ampliación de capital con aportación de acciones acogida al régimen especial, a efectos fiscales las acciones adquiridas habrán de valorarse por el valor que tuviesen en la transmisión. Y, con motivo de la posterior absorción que se realice, no existirá fondo de comercio cuando los fondos propios de la entidad absorbida resulten superiores al coste de adquisición. Tal y como precisa el Tribunal, si se admitiera el valor acordado en la aportación no dineraria el régimen aplicable no sería de diferimiento, sino de exención. Si las participaciones previas en la entidad absorbida fueron adquiridas mediante una aportación acogida al régimen de neutralidad, el valor de referencia de cara a determinar la diferencia de fusión a efectos de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS no será el declarado en la aportación, sino el coste de adquisición fiscal de las acciones aportadas.

correspondiente ganancia de capital obtenida, y siempre que, adicionalmente, la transmitente de las participaciones en la absorbida no formase parte del mismo grupo mercantil que la absorbente.

Establece así el citado artículo 89.3 del TRLIS la valoración de los bienes recibidos por la entidad adquirente y sus efectos fiscales únicamente cuando el porcentaje de participación que tuviera la entidad adquirente en acciones o participaciones en la entidad transmitente antes de la operación resultase ser igual o superior al 5 por 100.

Como seguramente se recordará dicho precepto (al igual que sucedió con su antecedente, el art. 103.3 de la antigua Ley 43/1995), fue objeto de modificación en dos ocasiones. En primer lugar, a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, aplicable para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001. Y, en segundo término, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, aplicable respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002⁵.

Centrándonos en esta última reforma, ¿cuál fue el régimen aplicable hasta el 1 de enero de 2002? Hasta dicha fecha la diferencia positiva resultante entre el valor contable de la participación que se anula y el valor histórico de los bienes recibidos de la transmitente debía imputarse a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración contenidas por aquel entonces en el antiguo Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, derogado en la actualidad por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas. Y, por lo que respecta a aquella parte de la diferencia que no hubiera sido imputada, debía tratarse como un fondo de comercio, siendo deducible con el límite de la décima parte de su importe, siempre que se cumpliesen las dos siguientes condiciones.

En primer lugar, que la participación en cuestión no hubiera sido adquirida a personas físicas o entidades no residentes, a personas físicas residentes que estuviesen vinculadas con la adquirente o a una entidad vinculada, en el supuesto de que esta hubiese adquirido la participación de una persona física no residente, de una entidad no residente, de una persona física residente que estuviese vinculada o de otra entidad vinculada⁶. Y, en segundo término, que la entidad adquirente de la participación no se encontrase respecto de la entidad que la transmitió en alguno de los casos previstos al efecto en el artículo 42 del Código de Comercio (CCom)⁷.

En definitiva, hasta el 1 de enero de 2002 de cara a poder deducir el fondo de comercio se requería que las personas físicas o jurídicas hubieran tributado en España con ocasión de la enajenación de la participación por un importe superior al valor teórico de las acciones. Lo cierto es, sin embargo, que la redacción otorgada al precepto no tuvo el efecto deseado, circunstancia que motivó su reforma.

⁵ Ni que decir tiene que fue esta segunda modificación la que adquirió una mayor trascendencia.

⁶ Conviene recordar que el citado precepto detallaba una serie de supuestos en los que los requisitos establecidos al efecto en cuanto a la adquisición de la participación se estimaban cumplidos y, en consecuencia, resultaba de aplicación. Téngase presente además que el precepto en cuestión fue previamente matizado por la Ley 14/2000, siendo aplicable la concreción efectuada para periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001.

⁷ De cara a concretar estos supuestos del artículo 42 del CCom había que remitirse además a lo dispuesto en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

¿Y qué régimen resulta aplicable respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002? Con carácter general, la diferencia positiva resultante entre el valor contable de la participación que se anula y el valor teórico (o patrimonio neto, a partir del 1 de enero de 2008) de la entidad transmitente ha de imputarse a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración que establece el artículo 46 del CCom. En dichos supuestos, cumpliéndose un conjunto de requisitos a los que posteriormente nos referiremos, ese mayor valor de los bienes resultará amortizable, siempre y cuando se trate de bienes amortizables y aplicándose las reglas generales de amortización de activos previstas al efecto.

Por lo que respecta a aquella parte de la diferencia que no hubiera sido imputada, la misma adquiriría la consideración de un fondo de comercio, siendo deducible con el límite de la veintea parte de su importe. No obstante, a partir del 1 de enero de 2008 su deducción se articula de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.6 del TRLIS, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos.

En primer lugar, que la participación no hubiera sido adquirida a personas físicas o entidades no residentes, a personas físicas residentes o a una entidad vinculada, en el supuesto de que esta hubiese adquirido la participación de una persona física no residente, de una persona física residente o de una entidad vinculada⁸. Y, en segundo término, que la entidad adquirente de la participación no se encuentre respecto de aquella otra entidad que procedió a su transmisión en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del CCom. En efecto, en caso de que la participación en la entidad transmitente o absorbida hubiese sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, así como a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades, los efectos fiscales derivados de la imputación de la diferencia de fusión y la generación de un fondo de comercio deducible en los términos que establece el artículo 89.3 del TRLIS queda condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos que pasamos a analizar.

En primer lugar, siendo la participación adquirida a personas o entidades no residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades se exige, bien que un importe equivalente a la diferencia de fusión atribuible a la participación de que se trate haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación, o bien que dicho importe haya tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea (UE) en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar el IS, siempre y cuando el transmitente no residiese en un país o territorio considerado como paraíso fiscal.

De conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 30 de septiembre de 1999 (NFC010275) la citada tributación podría originarse en cualquier operación de transmi-

⁸ El legislador continúa detallando una serie de supuestos en los que los requisitos establecidos en cuanto a la adquisición de la participación se entienden cumplidos, siendo por ello de aplicación el referido precepto. Téngase presente además que, cuando se adquiera la participación a una persona física residente o a una entidad vinculada, tendrá que probarse que la ganancia patrimonial obtenida a resultas de la transmisión de las participaciones se ha integrado, por la persona física residente o la entidad vinculada, en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o del IS. Como es sabido, con motivo de la transmisión de acciones, las personas físicas podrían aplicar, en su caso, los coeficientes reductores previstos al efecto, de manera que no integrarían o solo integrarían parte de las ganancias obtenidas por la transmisión.

sión de la participación, no teniendo por qué tratarse de aquella por virtud de la cual la entidad absorbente se hace con la participación en la sociedad absorbida ni la transmisión inmediata anterior, al margen de que el transmitente hubiera sido residente fiscal en España y sin perjuicio de la fecha en la que hubiese tenido lugar.

Adviértase que el legislador equipara a estos efectos la tributación en España con la tributación en cualquier otro Estado miembro de la UE. Sucede no obstante que, siendo la sociedad absorbente y la sociedad absorbida residentes en España o teniendo la sociedad absorbida un establecimiento permanente en nuestro país (téngase presente que en otro caso no resultaría de aplicación el art. 89 del TRLIS), la tributación se mantiene en el Estado de residencia del anterior titular de la participación en la sociedad transmitente, siendo el Estado de la fuente de las plusvalías latentes y del fondo de comercio correspondientes (el Estado español) el que renunciaría a hacer tributar tales plusvalías latentes y el fondo de comercio en sede de la entidad absorbida, permitiendo la aplicación del artículo 89.3 del TRLIS sobre tales plusvalías latentes y el fondo de comercio en sede de la entidad absorbente.

Como ya hemos tenido ocasión de precisar dicha equiparación fue introducida en su día por la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a requerimiento expreso de la Comisión, que estimó incompatible con el Derecho de la Unión la existencia de una discriminación por razón de la residencia en otro Estado miembro a estos efectos.

Ciertamente la aplicación, dentro del ámbito de la corrección de la doble imposición existente en el ámbito de las fusiones y escisiones, del principio general de tributación en el Estado de la fuente carece de razón de ser. Y ello debido a que implicaría la aplicación de un sistema que operaría sobre las rentas obtenidas por los socios que han transmitido participaciones a lo largo de toda la vida de la sociedad absorbida, en lugar de sobre las rentas de esta última.

Tratándose de una participación adquirida a personas físicas residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades, en el supuesto de que la participación se hubiese adquirido de personas residentes en España, habrá de probarse que la ganancia patrimonial obtenida por tales personas físicas ha quedado integrada en la base imponible de su IRPF.

A diferencia de lo que sucede en el caso de que la participación haya sido adquirida a no residentes, en el presente caso el legislador parece tomar en consideración únicamente lo sucedido respecto de la última transmisión de la participación, esto es, aquella en la que intervino la persona física residente, ignorando el régimen tributario susceptible de ser aplicado respecto de transmisiones anteriores. No se exige que la ganancia patrimonial obtenida se corresponda con la diferencia de fusión, efectuándose, no obstante, una referencia explícita a la necesidad de que el contribuyente pruebe la tributación requerida por la norma. Debe precisarse además que, tratándose de participaciones adquiridas a no residentes, exige el artículo 89.3 a) 1.º del TRLIS la existencia de prueba en el caso de tributación en otro Estado de la UE. Por su parte, el artículo 45 del RIS obliga a la sociedad adquirente a presentar justificación del cumplimiento de los requisitos contemplados en los párrafos a) y b) del apartado 3 del artículo 89 del TRLIS.

¿Cuál es la razón de ser de las condiciones aplicables en aquellos supuestos de adquisición de la participación a un no residente o a personas físicas residentes? Con carácter general el legislador tributario pretende vincular los efectos fiscales derivados de la imputación de la diferencia de fusión del artículo 89.3 del TRLIS a la existencia de tributación en sede de la persona o entidad de quien la entidad absorbente hubiera adquirido la participación, en concordancia con su configuración como mecanismo destinado a corregir la doble imposición.

Ahora bien, en aquellos casos en los que la participación se ha adquirido de sujetos pasivos del IS no resulta exigible condición alguna respecto de la tributación del transmitente o de los anteriores titulares de la participación. Dicha tributación podrá no haber existido o bien haber sido mínima, ya sea en aplicación de alguna exención (caso, por ejemplo, de la existencia de participaciones en entidades no residentes en las condiciones que establece el art. 21 del TRLIS) o bien bajo algún régimen especial⁹. Incluso ello podría deberse a la circunstancia de no haberse puesto de manifiesto plusvalías en la última transmisión de la participación, a saber, la realizada por el sujeto pasivo del IS, a diferencia de lo que habría sucedido en anteriores transmisiones las cuales, de hecho, podrían haber sido efectuadas por no residentes o personas físicas sin tributar o con tributación reducida.

En todo caso el legislador tributario, adoptando un criterio cuando menos discutible, requiere el sometimiento a gravamen en el transmitente o anteriores titulares cuando las participaciones se adquieren a no residentes o a personas físicas residentes, no sometiendo por el contrario a tributación las adquisiciones efectuadas a sujetos pasivos del IS. Dicha situación se producirá, por ejemplo, en el caso de adquisiciones realizadas a personas físicas residentes que, al igual que sucede con los sujetos pasivos del IS, están sujetas por obligación personal a tributación en nuestro país, no existiendo además en el IRPF exenciones totales en virtud de las cuales la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación no quede sometida a tributación.

En líneas generales la Administración tributaria no se limita en estos supuestos a exigir la prueba de que el transmitente persona física ha declarado en su IRPF la ganancia patrimonial obtenida en su caso, estimando que dicha ganancia patrimonial debe alcanzar, al menos, el importe de la diferencia de fusión proporcional a la participación que corresponda. Y, con carácter adicional, en el supuesto de que resulten de aplicación los coeficientes reductores establecidos en la disposición transitoria novena de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF (LIRPF), dichos coeficientes limitarán los efectos fiscales derivados de la diferencia de fusión.

De conformidad con la línea interpretativa adoptada en este punto por la Administración tributaria, si la ganancia patrimonial obtenida por un sujeto pasivo del IRPF resultase ser inferior a la diferencia de fusión correspondiente a la participación que hubiera transmitido, dicha diferencia de fusión únicamente tendría efectos fiscales en la cuantía de la ganancia patrimonial obtenida. Y, tal y como se ha señalado, siendo además de aplicación los referidos coeficientes reductores previstos en la citada disposición transitoria novena de la Ley 35/2006, únicamente tendrá efec-

⁹ Así podría llegar a suceder, por ejemplo, tratándose de entidades de capital riesgo o de Instituciones de Inversión Colectiva.

tos fiscales aquella proporción de la ganancia patrimonial que subsista tras la aplicación de tales coeficientes.

Tal y como se ha encargado de precisar a este respecto la DGT a través, entre otras, de sus contestaciones a Consultas de 9 de julio de 2009 (NFC034622) y de 28 de julio de 2010 (NFC039029), incluso en el supuesto de que la ganancia patrimonial obtenida por el sujeto pasivo del IRPF hubiera resultado superior a la diferencia de fusión correspondiente a la participación transmitida, la aplicación de los coeficientes reductores previstos en la disposición transitoria novena de la LIRPF limitarían en todo caso los efectos fiscales derivados de esa diferencia de fusión, a pesar de que la ganancia patrimonial subsistente tras la aplicación de dichos coeficientes pueda llegar a ser superior a la diferencia de fusión. Tal y como precisa el citado centro directivo en dichas Consultas: «Igualmente dicha diferencia tendrá efectos fiscales en la misma proporción en que la parte de la ganancia patrimonial correspondiente a esa diferencia se ha integrado en la base imponible del IRPF por aplicación, en su caso, de los coeficientes reductores establecidos en la normativa del IRPF».

Introduce, por otro lado, el legislador una diferencia entre aquel supuesto en el que la participación se hubiera adquirido a personas físicas residentes y el supuesto en el que se adquiriese a no residentes, previéndose expresamente en este último caso que pueda probarse la tributación respecto de cualquier transmisión de la participación, no necesariamente respecto de aquella transmisión mediante la cual la entidad absorbente hubiese adquirido la participación previa en la entidad absorbida, sino respecto de cualquier otra anterior. Se trata de una diferencia de trato que colocaría en una peor posición a aquellas adquisiciones realizadas a personas físicas residentes, lo cual carece de toda justificación, resultando contrario a la finalidad correctora de la doble imposición de la norma.

Desde nuestro punto de vista la adopción de una interpretación acorde con dicha finalidad habría de permitir la acreditación de la existencia de tributación en cualquier transmisión de la participación en la totalidad de los supuestos, tal y como sucede en el ámbito de la deducción por doble imposición interna de dividendos a efectos de lo dispuesto en el artículo 30.4 e) del TRLIS.

¿Qué sucedería en aquellos supuestos de ausencia de tributación por aplicación del régimen de neutralidad a la operación que dio lugar a la adquisición de las participaciones previas? A priori la normativa aplicable no contiene una previsión específica para aquellos supuestos en los que las personas físicas o no residentes anteriores titulares de la participación en la entidad absorbida no hubieran tributado con ocasión de la transmisión de su participación a la entidad absorbente porque tal transmisión se hubiese acogido al régimen de neutralidad.

Así sucedería, por ejemplo, en el hipotético caso de que, mediante un canje de valores acogido al régimen de neutralidad, una determinada persona física hubiera aportado sus participaciones en una entidad a otra entidad que posteriormente absorbiese a la anterior. En dicho caso la persona física no habría tributado en el momento del canje, y las nuevas participaciones recibidas a cambio de las entregadas conservarían el coste y la fecha de adquisición de estas últimas. Así las cosas la doble imposición se diferiría, si bien podría ponerse de manifiesto en el supuesto de que, con motivo

de la realización de una ulterior operación, el anterior titular de las participaciones (en el presente caso, la persona física) transmitiera sus participaciones en la sociedad absorbente, materializando en dicho momento la renta que quedó diferida en el momento del canje.

Dada dicha situación, y al objeto de tratar de evitar que en dicho supuesto termine surgiendo una doble imposición contraria al espíritu y a la finalidad de la norma, habría de entenderse que la tributación por parte de las personas físicas o entidades no residentes que hubieran diferido su tributación en virtud del régimen de neutralidad podría verificarse en cualquier momento anterior o posterior a la fusión. De este modo, y en relación con el concreto supuesto planteado, una vez que el socio persona física hubiera transmitido sus participaciones a la sociedad absorbente tributando en ese momento por la renta diferida en virtud del régimen de neutralidad aplicado al canje de valores, habrían de reconocerse en sede de la entidad absorbente los efectos fiscales establecidos en el artículo 89.3 del TRLIS en relación con la imputación de la diferencia de fusión y el fondo de comercio que corresponda a esas participaciones.

2. Supuestos en los que el porcentaje de participación resulta inferior al 5 por 100

En este segundo caso el tratamiento susceptible de ser adoptado resultaría completamente diverso respecto del supuesto anterior, debiendo procederse a integrar la renta producida por la anulación en la base de la entidad adquirente, determinada por la diferencia entre el valor atribuible a la participación y su valor contable. Y, al mismo tiempo, habría que aplicar la deducción al 50 por 100 por doble imposición en virtud de lo señalado en el artículo 30.3 del TRLIS.

En efecto, siendo la participación inferior al 5 por 100, y de conformidad con lo establecido en el artículo 89.2 del TRLIS, la anulación de la participación podría llegar a generar una renta como consecuencia de que el valor de la parte proporcional del patrimonio recibido fuese diferente al valor contable de la participación. Tal y como precisa el citado artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, en dicho supuesto la renta (positiva o negativa) derivada de la anulación de la participación se integraría en la base de la entidad adquirente. Y, por otro lado, a pesar de que no figure expresamente establecido, se aplicaría la deducción por doble imposición interna al 50 por 100 en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.3 del TRLIS. Veamos más detenidamente estas circunstancias a través del siguiente supuesto.

3. Recapitulación

El artículo 89.3 del TRLIS establece que la valoración de los bienes adquiridos, a efectos fiscales, ha de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 del citado Texto Refundido, de conformidad con el cual las sociedades transmitentes no satisfacen cantidad alguna, valorándose los bienes adquiridos a efectos fiscales por su valor histórico, esto es, por el valor que tuviesen en la sociedad transmitente.

Ahora bien, no obstante lo anterior, en el supuesto de que la sociedad adquirente participase en el capital de la transmitente en, al menos, el 5 por 100, la diferencia resultante entre el valor de adquisición de la participación y sus fondos propios habría de imputarse a los bienes y derechos adquiridos de acuerdo con las normas del artículo 46 del CCom. Y, por lo que respecta a la diferencia, concretada en el fondo de comercio o en la diferencia de fusión positiva, sería fiscalmente deducible con un máximo del 5 por 100, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos establecidos al efecto.

De este modo, el citado artículo 89.3 exceptúa la aplicación de la regla general de valoración prevista para aquellos elementos patrimoniales adquiridos a través de operaciones del régimen especial contenida en el artículo 85 del TRLIS (y de conformidad con la cual dichos elementos patrimoniales habrían de valorarse por los mismos valores que tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación) en el supuesto de que concurriesen los dos siguientes requisitos: que la entidad adquirente participase en, al menos, un 5 por 100 en el capital de la entidad transmitente; y que la persona o entidad de la que se hubiese adquirido la participación reúna las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 89.3 del TRLIS.

La excepción consiste en que los elementos patrimoniales adquiridos no se valorarán por el valor que tuviesen en la entidad transmitente, sino que su valor se verá incrementado en el importe de la diferencia resultante entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad transmitente. De este modo, los elementos patrimoniales recibidos (incluso aquellos que no estuviesen registrados en el inventario de la entidad transmitente como, por ejemplo, el fondo de comercio generado por la misma) disfrutarían de una valoración fiscal particular por relación a aquella que se deduce de la aplicación de la regla general del artículo 85 del TRLIS. Dicha valoración fiscal «peculiar» tendría además efectos fiscales, si bien únicamente para alguna categoría de los bienes adquiridos.

En la medida en que la valoración de los bienes adquiridos, a efectos fiscales, ha de realizarse de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 85 del TRLIS puede concluirse que este último precepto resulta superfluo, ya que constituye la base de la aplicación del régimen especial, a resultas de lo cual las sociedades transmitentes no satisfacen cantidad alguna y los bienes adquiridos se valoran a efectos fiscales por su valor histórico, esto es, por el valor que tuviesen en la sociedad transmitente. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en los que la sociedad adquirente participe en el capital de la transmitente en, al menos, el 5 por 100, la diferencia resultante entre el valor de adquisición de la participación y sus fondos propios se imputará a los bienes y derechos adquiridos, de acuerdo con las normas del artículo 46 del CCom. Y la diferencia resultante, que constituirá el fondo de comercio o la diferencia de fusión positiva, será deducible fiscalmente, con un máximo del 5 por 100, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos al efecto.

Finalmente señala el citado artículo 89.3 del TRLIS que la mayor imputación realizada a los bienes del activo fijo tendría igualmente efectos fiscales. Ahora bien, a pesar de que el citado precepto se refiera a dichos bienes del activo fijo como los únicos elementos susceptibles de revalorización fiscal, parece razonable estimar que estos podrán ser tanto bienes como derechos, tal y como reconoce además el propio artículo 89.3 de manera implícita al prever que la revalorización fiscal deba tenerse en cuenta a la hora de calcular las amortizaciones de los artículos 12.6 y 12.7 del TRLIS,

encargados de regular, como es sabido, la amortización del fondo de comercio previo a la fusión y del inmovilizado intangible con vida útil indefinida.

¿Cuál es la razón por la que el legislador del Real Decreto Legislativo 4/2004 introdujo el citado precepto teniendo presente que, en el régimen especial, la valoración de los bienes adquiridos, desde un punto de vista estrictamente tributario, ha de venir determinada por el valor histórico de los mismos? De entrada conviene precisar que el artículo 89.3 del TRLIS únicamente resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que la sociedad adquirente cuenta con una participación de, al menos, el 5 por 100 en la sociedad transmitente. Y, como ya sabemos (así se encarga de precisarlo el apartado primero del citado precepto), la anulación de la participación no va a generar renta alguna, ni positiva ni negativa.

La anulación de las acciones de las que dispone la sociedad adquirente en la entidad transmitente se realiza restando al valor de mercado de los elementos recibidos el valor de la participación. No obstante, conviene no olvidar que se produce una operación de fusión en virtud de la cual la entidad adquirente absorbe a la transmitente. De este modo, suponiendo que el valor de mercado de los elementos recibidos en el instante de la fusión fuese superior a los fondos propios de la entidad transmitente habría que determinar el régimen tributario aplicable en cada una de las siguientes situaciones: en el supuesto de que el valor de la participación fuese igual al valor de los fondos propios de la entidad transmitente; en el supuesto de que el valor de la participación resultase ser inferior al valor de los fondos propios de la entidad transmitente; y, finalmente, siendo el valor de la participación superior al valor de los fondos propios de la entidad transmitente.

La anulación de la participación en el supuesto de que el precio de adquisición de aquella fuese igual a los fondos propios de la entidad transmitente se produciría si la participación hubiese sido adquirida en el momento de la constitución de la entidad o en un instante posterior, con anterioridad a la realización de la operación societaria de fusión o escisión, y por el valor de los fondos propios, esto es, sin beneficio ni pérdida alguna para el socio.

Dada esta primera situación, en la que las plusvalías latentes existentes no habrían sido sometidas a gravamen, a tenor de lo dispuesto por el artículo 84 del TRLIS, la entidad transmitente no integraría cantidad alguna en la base imponible. Por su parte la entidad adquirente, siempre y cuando participase en, al menos, el 5 por 100, no integraría cantidad alguna a resultas de la anulación de la participación, en tanto en cuanto ello se corresponda con las reservas¹⁰. Adicionalmente en dicho supuesto no sería de aplicación la deducción por doble imposición interna.

Siendo en cambio el porcentaje inferior al 5 por 100, de acuerdo con lo declarado por el artículo 89.2 del TRLIS tendría la consideración de renta, positiva o negativa, la anulación de la participación, resultando de aplicación la deducción por doble imposición interna del artículo 30.3 del TRLIS al 50 por 100. Y, por lo que respecta a los bienes adquiridos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 89.3 del citado Texto Refundido, habrían de valorarse adoptando el criterio previsto

¹⁰ Así se encarga de precisarlo, como ya sabemos, el artículo 89.1 del TRLIS. En el presente caso por «reservas» habría que entender las expresas y las tácitas, de acuerdo con la doctrina consolidada a este respecto por la DGT.

en el artículo 85 (valor histórico), no aplicándose en consecuencia la especialidad contenida en el citado precepto.

Analicemos a continuación la cuestión relativa a la anulación de la participación siendo el precio de adquisición de esta última inferior a los fondos propios de la entidad transmitente. Dicha situación se originaría en el supuesto de que la participación hubiese sido adquirida con anterioridad a la realización de la operación de fusión o escisión con una pérdida que el socio anterior hubiese integrado en la base imponible de su imposición directa, bien en el IS o en el IRPF, no resultando tampoco en el presente caso las plusvalías latentes sometidas a gravamen.

¿Qué rasgos configuradores presentaría entonces la aplicación del régimen de diferimiento? En primer lugar, la entidad transmitente no integraría cantidad alguna en la base imponible (art. 84 del TRLIS). Por su parte la entidad adquirente, siempre y cuando participase en, al menos, un 5 por 100, no integraría cantidad alguna a resultas de la anulación de la participación, siempre y cuando se corresponda con reservas (art. 89.1 del TRLIS)¹¹. En estos casos no sería de aplicación la deducción por doble imposición interna. Y, siendo el socio persona jurídica, tendría lugar una reversión de la pérdida que el anterior socio hubiese integrado en su base imponible, suscitándose la cuestión relativa a la posibilidad de practicar un ajuste positivo en función de aquello que establece el artículo 19.6 del TRLIS.

Si, por el contrario, el porcentaje fuese inferior al 5 por 100, de conformidad con aquello que dispone el artículo 89.2 del TRLIS se consideraría renta, positiva o negativa, la anulación de la participación, siendo de aplicación la deducción por doble imposición interna del artículo 30.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 al 50 por 100. Y, por lo que a los bienes adquiridos se refiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 del citado Texto Refundido, habrían de valorarse por su valor histórico, no aplicándose por tanto la especialidad contemplada en el precepto.

Por último, ¿cuál sería el régimen especial aplicable en aquellos supuestos de anulación de la participación cuando el precio de adquisición de la misma resultase ser superior a los fondos propios de la entidad transmitente? En estos casos, con carácter previo a la realización de la operación societaria de fusión, se habrá producido una transmisión de la participación, obteniendo el socio una ganancia patrimonial que habrá quedado sometida a gravamen, ya que la deducción por doble imposición interna del artículo 30.5 del TRLIS alcanza únicamente a las reservas expresas generadas desde el instante de la adquisición y hasta el momento de la transmisión. De este modo, en el supuesto de que los bienes adquiridos se valorasen por su valor histórico, se originaría nuevamente la tributación en sede de la entidad adquirente y, por ende, la aplicación del régimen especial podría llegar a provocar un exceso de imposición.

Pues bien, siendo en relación con este último supuesto el régimen fiscal aplicable idéntico al analizado al hilo de los supuestos anteriores, en el presente caso la entidad adquirente, por la anulación de la participación, no integraría cantidad alguna, siempre y cuando la misma proviniese de reservas, ya sean estas expresas o tácitas. En tanto en cuanto el precio de adquisición de la partici-

¹¹ Igualmente en el presente caso habría que entender por «reservas» tanto las expresas como las tácitas.

pación fue superior a los fondos propios de la entidad transmitente, parece claro que en una instancia anterior la diferencia existente con los fondos propios tributó en otro socio (persona física o jurídica). Y, por lo que respecta a los bienes recibidos en la sociedad adquirente, dichos habrían de valorarse, a priori, por su valor histórico.

Ahora bien, en la medida en que, adoptando dicha línea interpretativa respecto de la valoración de los bienes adquiridos, la aplicación del régimen especial podría terminar originando un exceso de imposición por esos bienes, se introduce la especialidad en el artículo 89.3 del TRLIS, siendo precisamente en estos supuestos donde resulta aplicable.

Según ello cabría estimar que lo que establece el artículo 89.3 del TRLIS no constituye un beneficio fiscal, sino que se trata de una norma de corrección del exceso de imposición que se produce al aplicar el régimen especial. Y, en relación con estos supuestos, señala el citado precepto del Real Decreto Legislativo 4/2004 que habrá que determinar la diferencia resultante entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad transmitente, debiendo imputarse dicha diferencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46 del CCom y demás normas contables de aplicación, a los bienes y derechos de la entidad transmitente ¹². Si subsistiese dicha diferencia, que constituiría el fondo de comercio de fusión, resultaría deducible por veinteavas partes, siempre y cuando se cumplan los requisitos a los que posteriormente se harán referencia. Y la mayor imputación realizada a los bienes del «activo fijo» tendría igualmente efectos fiscales. Veamos a continuación este conjunto de circunstancias en el siguiente supuesto.

Al amparo de la regulación anterior del artículo 89.3 del TRLIS, esto es, de la existente con anterioridad a la reforma articulada a través de la Ley 4/2008, en el supuesto de que no pudiera practicarse la amortización fiscal de la revalorización de activos ni la del fondo de comercio de fusión, ¿no estaríamos en presencia de un supuesto de doble imposición? Desde nuestro punto de vista así es. Piénsese que, de una parte, resultaba gravada la plusvalía obtenida por la entidad o por la persona física que en su día transmitió las participaciones en la sociedad absorbida, la cual suele corresponderse con las revalorizaciones de activos y con el fondo de comercio que el comprador hubiese satisfecho por la expectativa de beneficios futuros. Y, de otra, resultaban nuevamente sometidas a gravamen las plusvalías tácitas imputables a los activos adquiridos así como los beneficios futuros por los que se satisfizo el sobreprecio respecto al patrimonio neto de la sociedad adquirida a medida que estos se fuesen obteniendo por la entidad compradora.

Ahora bien, en el supuesto de que se llevase a cabo el reconocimiento a efectos fiscales del incremento de coste y, en su caso, la amortización fiscal de uno y de otro elemento en sede de la sociedad adquirente de los activos, las consecuencias derivadas de la obtención de las ganancias de capital y de los beneficios sobre la base imponible a medida que estos se obtuviesen quedarían anuladas, en términos globales, a través de dicho reconocimiento y, en su caso, amortización, lográndose así eliminar la tributación adicional sobre unos beneficios por los que ya se tributó.

¹² Recuérdese a este respecto que entre las normas contables se sitúa el vigente Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, al amparo de la anterior regulación la posibilidad de reconocimiento a efectos tributarios del incremento de valor de los activos y del fondo de comercio de fusión quedaba prevista únicamente en relación con aquellas operaciones de fusión que se encuentren recogidas en el presente régimen especial. Así las cosas, tratándose de aquellas operaciones de fusión a las que no resultase de aplicación el régimen de neutralidad fiscal y de diferimiento del IS podían llegar a originarse situaciones de doble imposición, dada la imposibilidad de eliminar la misma mediante la imputación fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y del fondo de comercio de fusión. Recuérdese además a este respecto que el fundamento de la posibilidad de atribución de valores a efectos fiscales reside en la eliminación de la doble imposición que se originaría en caso de no poder efectuarse, con independencia de que la fusión en cuestión se hubiese acogido al presente régimen de neutralidad fiscal. En otras palabras, la razón de ser de la aplicación del presente régimen especial no es otra que evitar que la fiscalidad se convierta en un obstáculo o, en su caso, un incentivo para la realización de operaciones de reestructuración, lo que constituye una cuestión totalmente distinta a la eliminación de la doble imposición interna o internacional.

Cabía estimar, en consecuencia, que la Administración tributaria parecía olvidar la verdadera finalidad perseguida con la amortización fiscal del fondo de comercio de fusión, que no es otra que la eliminación de la doble imposición. No se trata simplemente de una ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. De hecho son múltiples las Consultas a través de las cuales la DGT ha denegado la aplicación de dicho régimen de neutralidad fiscal a una determinada operación de fusión al estimar que lo que se persigue a través de la misma es únicamente la obtención de una mera ventaja fiscal derivada de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS. Así sucedió, por ejemplo, en la contestación facilitada por el citado centro directivo a Consulta de 29 de mayo de 2009 (NFC033463), en la que se denegó la aplicación del presente régimen especial a una operación de fusión al estimarse que el único o principal fin perseguido a través del mismo no era otro que la consecución de una ventaja fiscal concretada en la posibilidad de amortizar fiscalmente el fondo de comercio de fusión. ¿Hasta qué punto cabe hablar de la existencia de una verdadera ventaja fiscal? ¿No se persigue, más bien, fomentar la realización de transacciones económicas internas e internacionales que, en otro caso, se verían seriamente dificultadas por el mantenimiento de la doble imposición?

Desde nuestro punto de vista, una alternativa a la actual regulación podría ser posibilitar que el incremento de valor atribuible a los activos adquiridos, así como el fondo de comercio que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier operación de reestructuración puedan amortizarse fiscalmente con independencia de que la operación de fusión se hubiese acogido o no al presente régimen especial. Ello posibilitaría la consecución de una mayor neutralidad dentro de nuestro sistema tributario, desechándose aquellos planteamientos de la Administración relativos a la existencia de operaciones que se acogen a la aplicación del presente régimen de diferimiento por razones de negocio, aflorando créditos fiscales sustanciales para la eliminación de la doble imposición.

Una vez cumplidos los requisitos que establece el artículo 89.3 del TRLIS la revalorización de, al menos, los elementos del activo fijo, tendrá plenos efectos fiscales. Así, el nuevo valor de adquisición a efectos fiscales se tendrá en cuenta a efectos de la materialización de la deducción por reinver-

sión por parte de la entidad adquirente, tal y como ha reconocido la propia DGT, entre otras, en sus contestaciones a Consultas de 29 de julio de 2009 (NFC034870) y de 21 de septiembre de 2004 (NFC020114). Y en el supuesto de que el activo revalorizado lo fuese una participación en una entidad que, con posterioridad, fuese absorbida en una segunda fusión, el valor revalorizado en la primera fusión constituiría la referencia de cara al cálculo de la diferencia de fusión de la segunda fusión¹³.

En todo caso, al amparo de la actual regulación resulta deducible de la base imponible, tratándose de bienes amortizables, la amortización contable de la parte de la diferencia de fusión que les haya sido imputada, en los términos previstos en el artículo 11 del TRLIS, siendo asimismo aplicable la deducción establecida en los artículos 12.6 y 12.7 del citado Texto Refundido. Pero esta revalorización fiscal de los elementos del activo fijo regulada en el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 no solo proyecta sus efectos respecto de los artículos 11, 12.6 y 12.7 del TRLIS (a los que se alude de manera expresa), sino sobre cualquier otro precepto encuadrado en el citado Texto Refundido.

En resumen, ciertamente nos hallamos ante un régimen fiscal a través del cual se eliminan distorsiones, aportándose racionalidad a la hora de adoptar decisiones empresariales sin menoscabar el interés de la Hacienda Pública, quedando los ingresos tributarios de esta última diferidos hasta la materialización efectiva de las plusvalías latentes. Ahora bien, con independencia de lo anterior ha de buscarse la consecución de una mayor eficiencia en la toma de decisiones empresariales, procediéndose a la eliminación de todas aquellas restricciones de carácter tributario que puedan llegar a existir y que, sin lugar a dudas, dificultan el desarrollo de la actividad de los operadores económicos. Téngase presente además que, tal y como hemos venido poniendo de manifiesto, la normativa mercantil procede a la creación de supuestos de reestructuración, simplificando los distintos requisitos que han de ser observados para la toma de acuerdos y que, por el contrario, no se contemplan en la normativa tributaria.

Mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2010 (NFJ040710) la Audiencia Nacional (AN) analizó una operación en virtud de la cual se adquirieron unas acciones a un no residente a través de una sociedad interpuesta. La Inspección consideró no deducible el fondo de comercio en la parte que correspondía al 60 por 100 que representaban las acciones adquiridas a una sociedad residente que se consideraba interpuesta por sus verdaderos titulares, que eran no residentes. La sociedad vendedora de las acciones fue constituida por los socios de la absorbida para eludir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103.3 de la antigua Ley 43/1995 y estaba vinculada con la sociedad absorbente. Así las cosas la intervención de la sociedad interpuesta carecía de sentido empresarial, más allá del ahorro fiscal, considerándose la existencia de verdaderas transmisiones de las acciones a las sociedades en cuestión.

Y, no habiéndose probado la tributación en otro Estado miembro de la UE, estimó la AN que tampoco resultaba deducible la parte del fondo de comercio correspondiente a las acciones adquiri-

¹³ Véase, a este respecto, lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 17 de marzo de 2010 (NFC037663), en la que se señala que, habiéndose perdido las plusvalías latentes de los activos de la sociedad absorbida durante el periodo de tiempo transcurrido desde la adquisición de sus participaciones hasta la inscripción de la fusión, se producirá un incremento artificial del fondo de comercio, al serle asignable un mayor importe de la diferencia de fusión.

das a otras personas en la parte correspondiente al fondo de comercio resultante de una fusión efectuada años atrás. La parte que se considera deducible lo será solo desde la fecha de la escritura, y no desde la fecha de retroacción contable.

IV. ANÁLISIS DE LA SUCESIÓN EN DERECHOS Y OBLIGACIONES

Como no puede ser de otra manera la realización de una operación de fusión determina la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad que se disuelve a otra sociedad, sucediendo así la entidad adquirente en la totalidad de los derechos y obligaciones que tuviese la transmitente. En cambio, en el resto de operaciones acogidas a la aplicación del presente régimen especial (caso de la escisión o de la aportación de rama de actividad) la transmisión efectuada en favor de una entidad adquirente se refiere solo a una parte de los bienes y derechos del patrimonio de la sociedad. Ello implica que la sucesión en los derechos y obligaciones no adquiera un carácter universal, sino parcial, quedando limitada a los derechos y obligaciones asociados a los bienes y derechos transmitidos a cada entidad adquirente.

El artículo 90 del TRLIS, que lleva por título «Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias», regula a través de sus cuatro apartados las siguientes cuestiones: sucesión a título universal; sucesión a título no universal; compensación de bases imponibles negativas; y limitación a los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas ¹⁴.

Pues bien, señala el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de los beneficios fiscales o, en su caso, para consolidar los disfrutados por la entidad transmitente, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, aquellos relativos a la práctica por el adquirente de las deducciones pendientes de aplicación que tuviese el transmitente, la aplicación diferida de la tributación de los beneficios extraordinarios por reinversión o la exigencia del cumplimiento de los requisitos relativos al mantenimiento de la inversión.

Analicemos, en primer término, los supuestos de sucesión a título universal y no universal. Existiendo una sucesión a título universal, como es sabido, las operaciones de fusión y escisión, total o parcial, determinan el surgimiento de una sucesión a título universal en el ámbito mercantil. Debido a ello, y dado que estos supuestos se encuentran recogidos en el artículo 83 del TRLIS, de conformidad con lo señalado en el artículo 90.1 del citado Texto Refundido habremos de diferenciar, como supuestos de sucesión a título universal, y siendo de aplicación el régimen especial, los siguientes: las fusiones, las escisiones totales y las escisiones parciales.

Desde un punto de vista estrictamente tributario, únicamente el régimen especial contiene una regulación expresa del principio de subrogación. Debido a ello, siendo la sucesión a título universal,

¹⁴ En efecto, tal y como se encarga de precisar el apartado cuarto de este artículo 90 del Real Decreto Legislativo 4/2004, las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones que hubiesen nacido al amparo de las leyes españolas. A resultados de lo anterior, en ningún caso podrá abarcar los derechos y las obligaciones nacidos al amparo de leyes extranjeras.

la entidad adquirente asumirá el conjunto de los derechos y obligaciones tributarias de la entidad o entidades transmitentes.

En cambio, tratándose de una sucesión a título no universal el resto de operaciones establecidas en el artículo 83 del TRLIS determinará la producción de una sucesión a título no universal, siendo dichas operaciones las siguientes: aportación no dineraria de rama de actividad, canje de valores y aportaciones no dinerarias especiales. Desde un punto de vista estrictamente tributario, únicamente el régimen especial recoge expresamente los efectos fiscales derivados de la subrogación respecto de los bienes y derechos objeto de la transmisión. Y, siendo la sucesión a título no universal, la entidad adquirente únicamente asumiría el cumplimiento de derechos y obligaciones tributarias relacionadas directamente con los bienes y derechos adquiridos.

En definitiva, en los supuestos de sucesión a título universal se computa el tiempo de permanencia de activos que tuviesen en la entidad transmitente, transmitiéndose las deducciones pendientes de aplicación en la entidad transmitente así como las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades. A tal efecto la transmisión de derechos y de obligaciones requerirá que las deducciones pendientes de aplicación puedan aplicarse en el plazo correspondiente. Y, respecto de las deducciones ya aplicadas, habrá de computarse el plazo de permanencia de los activos que hubiesen sido objeto de la deducción en la sociedad adquirente. Por otro lado, habrá que tener en cuenta el cómputo del plazo para la deducción por reinversión establecida en el artículo 42 del TRLIS ¹⁵.

¹⁵ Mediante Consulta de 5 de mayo de 2010 (NFC038099) analizó la DGT un supuesto en el que una entidad dominante de un grupo de sociedades que tributaba en régimen de consolidación fiscal iba a participar en un proceso de fusión con otras dos sociedades que igualmente tributaban bajo el citado régimen de consolidación fiscal, lo que supondría la creación de una nueva entidad absorbente. Dicha operación habría de quedar acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, surgiendo un nuevo grupo de consolidación fiscal en el que la nueva entidad creada sería dominante. Habiendo aplicado dicha entidad dominante la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios sobre determinadas plusvalías (si bien, en aplicación de la normativa que regula el régimen de consolidación fiscal, parte de la reinversión no había sido materializada directamente por la propia entidad, sino por sociedades dependientes de su grupo de consolidación fiscal) se suscitaba la cuestión relativa a si, con ocasión de la operación de fusión, debía entenderse incumplido el plazo de mantenimiento establecido en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Al amparo de lo dispuesto por el artículo 42.8 del TRLIS, relativo al mantenimiento de la inversión, y de conformidad con el cual: «a) Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización de los admitidos en el artículo 11 de esta Ley, que se aplique, fuere inferior (...)), así como de lo establecido en los artículos 75 del citado TRLIS (que permite, en el caso de aplicación del régimen de consolidación fiscal, que la reinversión se materialice en elementos adquiridos por otra sociedad del grupo fiscal con la condición de que se trate de un elemento nuevo) y 90 del citado texto legal (al amparo del cual, tratándose de aquellos supuestos de sucesión universal, la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de los beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente), en el caso de que la operación de reestructuración se acoja al régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, la entidad adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones tributarias que correspondan a la entidad transmitente, incluido en concreto, el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de la deducción por reinversión prevista en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Por tanto, si la consultante (la dominante) hubiera realizado inversiones a efectos del citado precepto, correspondientes a rentas derivadas de transmisiones realizadas por la entidad consultante o por cualquier otra entidad dependiente del grupo fiscal cuya dominante fuese la consultante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 del TRLIS, la nueva entidad como adquirente en el proceso de fusión estará obligada a computar el plazo de mantenimiento establecido en el artículo 42.8 del TRLIS. Y, con carácter adicional, tratándose de grupos de consolidación fiscal, el artículo 75 del TRLIS permite que la materialización de la reinversión se realice por otras entidades pertenecientes al

En la práctica, con total probabilidad, será en el ámbito de las escisiones parciales donde puedan llegar a plantearse mayores problemas con la subrogación de algún derecho vinculado con la rama de actividad escindida, teniendo presente que en dichos supuestos el derecho en cuestión deberá hallarse directamente vinculado con el bien que hubiese sido escindido dentro de la rama de actividad. Y, por lo que respecta a la transmisión de las bases imponibles negativas, sin perjuicio de referirnos a esta cuestión en el siguiente epígrafe de nuestro trabajo, baste señalar por el momento que, tratándose de un supuesto de escisión total, el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas se transmitirá a la sociedad o sociedades beneficiarias que reciban la actividad que hubiese generado las pérdidas.

Por el contrario, en los supuestos de escisión parcial no tendrá lugar la transmisión del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas, de acuerdo con lo declarado en su día por el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675). Y la sucesión a título no universal únicamente se producirá respecto de aquellos incentivos fiscales asociados a los bienes y derechos que se transmitan como consecuencia de la realización de la operación de reestructuración empresarial, circunstancia que podría llegar a originar diversos problemas relativos a la determinación del bien con el que vaya asociada la deducción o el incentivo fiscal de que se trate.

Téngase presente para finalizar que, siendo de aplicación la deducción por doble imposición de dividendos en sede de los socios, cabría la posibilidad de que, a resultas de un proceso de reestructuración empresarial, se modificase la tributación correspondiente a los mismos. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que antes de la realización de la operación de reestructuración el porcentaje fuese igual o superior al 5 por 100 y, con posterioridad, terminase siendo inferior al 5 por 100. De este modo el porcentaje de deducción aplicable por doble imposición de dividendos establecido en el artículo 30 del TRLIS pasaría de ser del 100 por 100 al 50 por 100. E igualmente, con motivo de la realización de una operación de canje de acciones, los socios de una entidad residente en España podrían terminar convirtiéndose en socios de una entidad no residente en territorio español.

¿Qué criterio habría que adoptar en dichos supuestos? Tomando como punto de partida el necesario respeto que debe tener lugar al principio de neutralidad, por la subrogación de los derechos adquiridos el régimen fiscal aplicable a los beneficios no distribuidos con anterioridad a la reestructuración habría de conservarse en sede de los socios tras la operación realizada. De este modo si, con anterioridad al desarrollo del proceso de reestructuración, el socio tuviese un porcentaje igual o superior al 5 por 100 y la deducción por doble imposición interna fuese del 100 por 100, pasando con posterioridad dicho porcentaje a ser inferior al 5 por 100, habría de mantenerse el citado porcentaje de deducción.

grupo distintas de aquella que ha transmitido los elementos patrimoniales aptos para la aplicación de la deducción. De este modo, en el supuesto de que alguna entidad dependiente del grupo fiscal del que la consultante era la dominante hubiera realizado inversiones a efectos del artículo 42 del TRLIS, correspondientes a rentas derivadas de transmisiones realizadas por aquella o bien por otra entidad dependiente del mismo grupo, la extinción de ese grupo fiscal consecuencia de la realización de la operación de fusión no supondría incumplir el requisito de mantenimiento de la inversión a que se refiere el artículo 42.8 del TRLIS, en la medida en que el elemento objeto de reinversión siga en funcionamiento en el patrimonio de la misma entidad que realizó la reinversión hasta alcanzar el plazo de mantenimiento establecido en dicho precepto.

V. ALCANCE DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Tal y como establece el artículo 90.3 del TRLIS, las entidades adquirentes podrán practicar la compensación de las bases negativas pendientes que tuviera la transmitente. Esta compensación será íntegra en el supuesto de que la adquirente no tuviese participación anterior en la transmitente o bien no formase parte del mismo grupo de sociedades en los términos previstos en el artículo 42 del CCom, excepto si resultase aplicable la limitación general prevista para todo tipo de sociedades en el artículo 25 del TRLIS.

Por el contrario, si existiese dicha participación previa o perteneciesen al mismo grupo, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 90.3 del TRLIS se originaría una restricción a la compensación de las bases destinada a impedir que unas mismas rentas negativas sean objeto de deducción o de compensación más de una vez ¹⁶.

Concretamente, esta reducción de la base imponible negativa susceptible de compensación a que nos referimos se produciría en los siguientes casos. De una parte, en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente. Y, de otra, cuando ambas formasen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del CCom ¹⁷.

¹⁶ Recuérdese a este respecto que, con carácter general, el derecho a compensar rentas o bases negativas aparece configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho personalísimo y no susceptible de transmisión a un sujeto distinto de quien lo generó. Así se encargó de precisarlo el TEAC en su Resolución de 25 de septiembre de 2008 en los siguientes términos: «Su carácter personalísimo deriva del hecho de que el crédito fiscal por bases imponibles negativas pendientes de compensación pertenece a la estructura de la obligación tributaria del sujeto pasivo que obtuvo bases imponibles negativas, dentro pues de la relación jurídico tributaria cuya indisponibilidad proclamaba el artículo 36 de la Ley General Tributaria, actual artículo 17.4 de la Ley 58/2003. De este modo nos encontramos ante una facultad de la que solo puede servirse su titular en el proceso de fijación de su propia base imponible (...) La intransferibilidad de la compensación de bases negativas resulta también como efecto lógico de la propia mecánica liquidatoria del impuesto, siendo necesario para su aplicación, en primer lugar, o como primera premisa, la determinación de bases imponibles negativas, que solo se completa, en un segundo estadio, mediante la posterior obtención de beneficios que permitan su compensación. Por tanto, si una sociedad se extingue, no parece lógico plantearse la transferibilidad de una facultad en la cual, por la absoluta imposibilidad de la obtención de beneficios futuros por un ente que se extingue, se hace manifiesta la consiguiente imposibilidad de su nacimiento. De este modo, solo la excepción expresa por parte del legislador, admitiendo la transmisibilidad, permitiría la compensación de bases negativas por un ente distinto a aquel que las generó. Y en este sentido, la única excepción admitida en la actualidad por la Ley del Impuesto es la contemplada en la normativa reguladora del régimen especial aplicable a las fusiones. De esta forma, fuera del mencionado régimen especial, no cabe admitir dicha transmisibilidad». Queda claro, en consecuencia, que la única excepción a lo declarado por el TEAC a través de la citada Resolución la constituye la transmisión del derecho a compensar en algunos supuestos de reestructuración empresarial a los que resulta aplicable el presente régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores previsto en la normativa del IS. En cambio, la transmisión del derecho a compensar no cabe ni en los supuestos ajenos al ámbito de aplicación de dicho régimen (caso, por ejemplo, de la cesión global de activos y pasivos) ni en aquellos supuestos en los que no se opta por el mismo o no se origina la sucesión a título universal. De cualquier manera, se trata de una cuestión ciertamente conflictiva, ya que igualmente podría estimarse que la subrogación de bienes y derechos está implícita en las operaciones societarias de fusión y escisión, dado que las sociedades se extinguen sin liquidación y, por ello, y en todo caso, ya sea en el régimen general o en el especial, se producirá la subrogación del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en la entidad transmitente.

¹⁷ Cabe precisar que este segundo supuesto no se encontraba recogido en la redacción inicial del artículo 90.3 de la Ley, siendo incluido por la Ley 66/1997 respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 1998.

En estos casos, la base imponible negativa susceptible de compensación se reduciría en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a dicha participación o a las participaciones que las entidades del grupo tuviesen sobre la entidad transmitente y su valor contable.

Señala además el citado artículo 90.3 del TRLIS que en ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente, o bien la depreciación de la participación de otra entidad en esta última, formando parte todas ellas de un grupo de sociedades con las características previstas en el artículo 42 del CCom.

¿Resulta admisible la transmisión del derecho a compensar en aquellos supuestos de reestructuración en los que no se extingue la personalidad jurídica del transmitente? Tal y como se encargó de precisar el TEAC en su Resolución de 18 de diciembre de 2008 (NFJ031513), dictada a la luz de la interposición de un recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa. Concretamente la citada Resolución, relativa a la aportación de rama de actividad y a la compensación de bases negativas de la sociedad aportante, analizaba un supuesto en el que una sociedad limitada, que pretendía la compensación de bases imponibles negativas que traían su origen en la aportación no dineraria realizada de rama de actividad que le había hecho una persona física, presentó reclamación económico-administrativa frente a una liquidación provisional que le fue practicada por la Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Tal y como declaró el TEAC en la citada resolución, teniendo presente aquello que establecían los artículos 108 y 104 de la antigua Ley 43/1995, reguladora del IS, y 38 y 39 de la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF, dentro del régimen especial de diferimiento del IS, tratándose de un supuesto de aportación de rama de actividad en el que subsiste la personalidad jurídica de la entidad aportante, el derecho a la compensación de bases imponibles negativas pendientes no se transmite a la entidad adquirente, pudiendo únicamente realizarse dicha compensación por el transmitente. En opinión del TEAC resultaba posible la aplicación del régimen especial previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la antigua LIS a las personas físicas en aquellos supuestos en los que concurriesen determinados requisitos, añadiéndose además que la aportación de una rama de actividad supone una sucesión a título no universal, produciéndose la transmisión únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a bienes y derechos transmitidos (la rama de actividad aportada), de acuerdo con aquello que disponía el artículo 104.2 de la antigua LIS.

Por lo que respecta a la cuestión relativa a si resulta posible la práctica de la compensación por parte de la sociedad adquirente de los resultados negativos obtenidos por la persona física transmitente en el ejercicio de la actividad, concluyó el TEAC que la respuesta a la citada cuestión debía ser negativa, ya que no existía en la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF, ninguna norma que permitiese al sujeto pasivo transmitir a un tercero algún componente de su base imponible de cara a practicar la compensación por parte de dicho tercero. Y, a pesar de que el artículo 104.3 de la antigua LIS (actual art. 90.3 del RDLeg. 4/2004) señalaba que las bases imponibles negativas pendien-

tes de compensación en la entidad transmitente podrían ser compensadas en la entidad adquirente, considera el TEAC que dicha subrogación solo podría operar en aquellos casos en los que, como consecuencia de la realización de la operación de reorganización empresarial, tuviese lugar la extinción de la personalidad del transmitente, motivando ello que quedase limitada a las fusiones y escisiones totales.

A mayor abundamiento, en tanto en cuanto en los supuestos de aportación de ramas de actividad (tanto por parte de personas físicas como por personas jurídicas) la personalidad del transmitente subsiste, solo resultaría posible la compensación de bases imponibles negativas (tratándose de personas jurídicas) o la integración y compensación de rentas (en los supuestos de personas físicas) por parte del transmitente, cuya personalidad subsiste tras la realización de la operación. Y, en aquellos casos de aportación de rama de actividad llevada a cabo por una persona física, los rendimientos negativos no se pueden compensar con la base imponible de la persona jurídica.

En definitiva, a juicio del TEAC no procedía en el concreto supuesto analizado la aplicación del régimen especial de canje, al incumplirse el requisito de que la compensación dineraria no excediese del 10 por 100, y en tanto en cuanto no existía motivación económica válida, dado que a través de la realización de la operación solo se pretendía dotar de liquidez. Únicamente procede la práctica de la compensación en aquellos supuestos en los que existe extinción de la personalidad. Y ello debido a que, subsistiendo la personalidad jurídica de la entidad transmitente, el derecho a la compensación de bases imponibles negativas solo puede ser ejercido por el transmitente, no habiéndose transmitido en el concreto supuesto analizado al adquirente la rama de actividad ¹⁸.

Por otro lado, afirmó el TEAC en esta Resolución de 18 de diciembre de 2008 que dentro del término «reservas», contenido por aquel entonces en el artículo 103.1 de la antigua LIS, debía entenderse incluida la prima de emisión.

Adviértase, por tanto, que la adopción de dicho criterio imposibilita la subrogación en el citado derecho a compensar en caso de aportaciones no dinerarias de rama de actividad y, por ende, la transmisión de rentas negativas desde el ámbito del IRPF al del IS, ya que una persona física no puede participar, lógicamente, en operaciones de reestructuración en las que se extinga su personalidad. A juicio del TEAC, en caso de aportación de una rama de actividad únicamente se transmiten los derechos y obligaciones tributarias referidos a los bienes y derechos transmitidos (arts. 104.2 de la LIS y 90.2 del TRLIS), entre los que no cabe entender incluido el derecho a compensar bases imponibles negativas ¹⁹.

A tenor de lo establecido en el artículo 90.3 del TRLIS, las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente pueden ser compensadas por la entidad adqui-

¹⁸ Ya con anterioridad, y mediante la aplicación de un razonamiento similar, negó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675) la posibilidad de que, en un supuesto de escisión parcial, la sociedad beneficiaria pudiese compensar la base imponible de la sociedad transmitente. De conformidad con lo declarado por el Tribunal en dicha Resolución, en las operaciones societarias de escisión parcial no tiene lugar transmisión alguna de las bases imponibles negativas.

¹⁹ Véase, con idéntico sentido, lo declarado por el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675), relativa a un supuesto de escisión parcial.

rente. Ahora bien, el citado precepto no diferencia entre los supuestos en los que se produce una transmisión a título universal y los que no, a diferencia de lo que sucede con la regulación contenida en los apartados primero y segundo del citado precepto en relación con la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente.

Pues bien, a pesar de esta ausencia de diferenciación legal estimó el TEAC en la citada Resolución de 18 de diciembre de 2008 que debía realizarse una interpretación sistemática y coherente de dichas normas y, tratándose (como sucedía en el concreto supuesto analizado por el Tribunal) de un caso en el que el transmitente era una persona física, con las que regulan la integración y compensación de rentas en el IRPF.

Afirma de entrada el TEAC a este respecto que: «Ninguna norma en la LIRPF permite la posibilidad de que el sujeto pasivo transmita a tercero componente alguno de su base imponible a efectos de su compensación por dicho tercero»²⁰. Sucede sin embargo que el TRLIS prevé la aplicación del citado régimen especial a las aportaciones de rama de actividad realizadas por personas físicas siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el CCom y se cumplan el resto de requisitos exigidos. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 94.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, que constituye así una norma especial frente a lo establecido en la LIRPF.

Declara a continuación el TEAC en la citada Resolución de 18 de diciembre de 2008 que «Dicha subrogación del derecho a la compensación de bases imponibles negativas solo puede operar en los supuestos en los que, como consecuencia de la operación de reorganización empresarial, se produzca la extinción de la personalidad del transmitente, quedando por tanto limitado a fusiones y escisiones totales. En los casos de aportación de rama de actividad (tanto por personas físicas como de jurídicas) es obvio que la personalidad del transmitente subsiste, de ahí que la compensación de bases imponibles negativas (en caso de personas jurídicas) o la integración y compensación de rentas (en caso de personas físicas) solo pueden ser ejercidas por el transmitente, cuya personalidad, como se ha dicho, subsiste tras la operación».

Parece claro, por tanto, que no ha de atenderse a la eventual posibilidad de vincular el derecho a compensar al conjunto de bienes y derechos transmitidos ya que, tal y como manifestó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006, anteriormente citada, si así fuese podría resultar contradictorio no admitir la subrogación en los casos de aportaciones de rama de actividad o de escisión parcial y admitirla, en cambio, en los supuestos de escisión total. Téngase presente que, en este último supuesto, existiendo más de una entidad adquirente, ninguna de ellas sucederá plenamente a la entidad transmitente, lo cual implica necesariamente una distribución del derecho a compensar mediante la adopción de un determinado criterio que podría servir igualmente para fundamentar la transmisión en aquellos supuestos en los que no se produjese sucesión a título universal²¹.

²⁰ Recuérdese, no obstante, que la citada Ley 35/2006, de 28 de noviembre, contempla la posibilidad de que un miembro de la unidad familiar pueda aprovechar las rentas negativas generadas por otro miembro en caso de tributación conjunta.

²¹ Véase, a este respecto, la contestación de la DGT a Consulta de 10 de abril de 2000, en la que se señaló que: La distribución entre las entidades adquirentes en caso de escisión total debe hacerse «en función de las actividades que las han generado y que son objeto de explotación mediante los bienes y derechos adquiridos por las mismas».

En consecuencia, habrá que entrar a determinar en qué medida el derecho a compensar de un sujeto deriva, en particular, de una concreta rama de actividad entendida como unidad funcional, es decir, de un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, capaz de funcionar por sus propios medios, tal y como señala el artículo 83.4 del TRLIS. Precisa además este último artículo que «Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan», dando así a entender que podrá llegar a producirse una sucesión en elementos del patrimonio del transmitente que no figuren referidos a bienes y derechos concretos, sino a un conjunto entendido como unidad funcional, que es precisamente la que permite la generación de beneficios y, eventualmente, de pérdidas.

Refiriéndose a la cuestión relativa a si se extingue o no la personalidad del transmitente afirmó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 que dicha solución «Es además coherente con los principios generales del Impuesto que nos ocupa –se estaba refiriendo el Tribunal al Impuesto sobre Sociedades– entre ellos, su carácter personal, así como el modo sintético de determinación de la base imponible. Así, el Impuesto sobre Sociedades no atiende, a diferencia de lo que pueda suceder en otros tributos como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a distintas fuentes o componentes de renta, cada uno de ellos con sus propias reglas de cuantificación, obteniéndose la base imponible total mediante la agregación de tales componentes. El Impuesto sobre Sociedades es, por el contrario, un impuesto de tipo sintético, en el que la base imponible se determina a partir del resultado contable total, corregido por lo dispuesto en la Ley del Impuesto. Dicho resultado contable (y, por tanto, la base imponible) viene dado por el conjunto de ingresos y gastos obtenidos por la entidad a lo largo del ejercicio o periodo impositivo, quedando englobados todos ellos en dicha magnitud, con independencia de su origen o procedencia. De este modo, no puede hablarse de un resultado contable o base imponible obtenida por una u otra rama o sector de actividad. Dicho de otro modo, el sujeto pasivo del Impuesto es siempre la sociedad, persona jurídica, no sus distintas ramas, conjuntos de bienes o actividades económicas desarrolladas, por lo que la base imponible solo se puede predicar de la sociedad, único sujeto con personalidad jurídica y capacidad tributaria».

Ahora bien, ¿hasta qué punto no representa el derecho a compensar una situación jurídica activa derivada de la posición global del sujeto ante el impuesto de que se trate (ya estemos en presencia del IS o del IRPF)? Desde nuestro punto de vista el citado derecho a compensar no constituye un mero derecho de crédito. Se trata, por el contrario, de un derecho inherente a la aprehensión de la capacidad económica global del sujeto, de manera que únicamente si se extingue la personalidad del titular del derecho subrogándose otro sujeto en dicha posición jurídica global, podrá producirse asimismo la transmisión del derecho a compensar.

En nuestra opinión el reconocimiento del derecho a compensar bases imponibles negativas en el IS ha de tener como fundamento y como finalidad ponderar la capacidad económica del sujeto más allá del espacio de tiempo que impone el llamado principio de independencia o de estanqueidad de los periodos impositivos. En otras palabras, no creemos que se trate de un derecho patrimonial desligado del historial tributario del sujeto que lo generó y susceptible de transmisión en cualquier caso. Debido a ello estimamos que carece de toda razón de ser vincular el ejercicio del citado derecho a compensar con la transmisión de determinados bienes y derechos, ni siquiera en el hipotético caso

de que estos últimos integren una unidad funcional de producción de renta identificable (ya sea total o parcialmente) como origen de la base negativa.

¿Y cabría la posibilidad de que, dentro del presente régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones, pudiera efectuarse una compensación pendiente de bases imponibles negativas y de que operase una limitación del derecho a la compensación de dichas bases imponibles negativas en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente? De conformidad con lo declarado a este respecto por la AN en su Sentencia de 14 de julio de 2008, y de acuerdo con aquello que disponía el artículo 104.3 de la antigua LIS de 1995, procedería dicha aplicación automática en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente y existiese una diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a las participaciones que las entidades del grupo tuviesen sobre la entidad transmitente y su valor contable. Y, a efectos de la determinación del concepto de aportación, habría de examinarse la operación de fusión por absorción.

A la luz de las anteriores consideraciones puede concluirse por tanto que el reconocimiento del derecho a la transmisión en el presente régimen especial aplicable a las reestructuraciones empresariales que implican sucesión a título universal tiene como objetivo evitar que la pérdida definitiva del derecho a compensar se convierta, desde un punto de vista estrictamente tributario, en un obstáculo para la realización de esta clase de operaciones, garantizándose así el necesario respeto al principio de neutralidad. Ello explica que no se admita el reconocimiento de dicho derecho cuando la entidad transmitente no se extingue, al conservarse por parte de esta última el ejercicio de dicho derecho a compensar ²².

En resumen, estimamos que ha de rechazarse la posibilidad de transmitir el derecho a compensar como un elemento más del activo de una empresa individual, en aras de evitar el surgimiento de operaciones cuya única finalidad sea facilitar la compensación. Y ello a pesar de que dicha situación sea precisamente la que pueda llegar a producirse tratándose de una sociedad totalmente escindida. Dado este último supuesto procedería la aplicación de la cláusula antielusiva prevista en el artículo 96.2 del TRLIS ²³.

La transmisión del derecho a compensar bases imponibles negativas únicamente ha de producirse en el supuesto de que dicho derecho se hubiese originado en el ámbito del IS y siempre y cuando se trate de supuestos de reestructuración en los que se produzca una sucesión a título universal y a los que resulte efectivamente de aplicación el régimen especial previsto para la realización de esta

²² Debe reconocerse, no obstante, que, en virtud de la aplicación de dicho criterio, siendo el transmitente un contribuyente del IRPF que, como consecuencia de la realización de la citada operación, cesase en el desarrollo de su actividad económica, aquel terminaría viendo limitadas sus posibilidades de compensación como consecuencia de la producción de la operación de reestructuración empresarial. A mayor abundamiento, y por lo que respecta a los supuestos de escisión parcial, la eventual posibilidad de dejar la base imponible negativa en la entidad escindida y no en la beneficiaria, separándose dicha base negativa de la actividad económica que la genera y quedándose con aquella otra actividad que no la hubiese generado, únicamente podría plantearse en aquellos supuestos en los que se escindiese la práctica totalidad de la actividad generadora de las pérdidas, pudiéndose arbitrar en tales casos como alternativa una escisión total que atribuyese la rama de actividad residual a una nueva sociedad beneficiaria, produciéndose entonces la transmisión de bases imponibles negativas al tener lugar la extinción de la sociedad escindida.

²³ Así lo tiene declarado además la AN, entre otras, en sus Sentencias de 9 de febrero y de 1 de abril de 2009.

clase de operaciones. Y, desde luego, debe rechazarse el trasvase de bases negativas desde el ámbito del IRPF al del IS tratándose de aquellos casos en los que participe una persona física en la operación mediante la aportación de una rama de actividad. Porque mientras las bases negativas de una sociedad siempre podrán subsistir mediante la realización de operaciones de reestructuración que permitan su transmisión y, por ende, una cierta patrimonialización, el derecho a compensar rentas negativas pendientes generadas por un empresario individual se extinguirá en todo caso con motivo de su fallecimiento o incluso con anterioridad, en el supuesto de que finalizase el plazo de compensación previsto al efecto en la Ley 35/2006, de cuatro años frente a los quince que establece el Real Decreto Legislativo 4/2004.

De conformidad con lo señalado por la DGT en su contestación a Consulta de 4 de enero de 2011 (NFC040131), no resulta procedente la compensación de las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente.

Recapitulando, con carácter general las bases imponibles negativas lo serán aquellas que se encuentren pendientes de compensación en el instante de efectuarse las operaciones societarias, siendo estas las que tenga la entidad transmitente en el instante de realizar la inscripción de la operación societaria de reestructuración. Por el contrario, en ningún momento la compensación será de las bases imponibles negativas que se tuvieran en el momento de la retroacción contable establecida por las sociedades.

Esta subrogación de las bases imponibles negativas tendrá lugar única y exclusivamente cuando la entidad transmitente se extinga. Y ello no es sino una consecuencia de la consideración del IS como un impuesto personal, de manera que dichas bases imponibles negativas, en aquellos supuestos en los que no hubiese extinción de la sociedad, únicamente se podrán compensar en la sociedad que la hubiese generado.

Podría afirmarse, en consecuencia, que la subrogación de las bases imponibles negativas únicamente se producirá en aquellos supuestos de sucesión universal y con determinados límites. Así, por ejemplo, tratándose de operaciones societarias de fusión por absorción la transmisión de las bases imponibles negativas de la sociedad transmitente se producirá, en todo caso, a la entidad adquirente. Respecto de las operaciones societarias de escisión total, se llevará a cabo la transmisión a la sociedad o sociedades beneficiarias que reciban la actividad que hubiese generado las pérdidas. En estos supuestos, dado que existen, al menos, dos entidades beneficiarias de la operación, habrá que establecer alguna regla de reparto de las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad escindida. Y asimismo deberá plantearse qué actividades o elementos han generado las pérdidas, de cara a plantear una distribución entre ellos.

Tal y como hemos precisado, al amparo de la vigente regulación son dos las limitaciones establecidas a la subrogación de las bases imponibles negativas. A tenor de la primera, la entidad adquirente no tiene participación en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación de reestructuración, o bien no forma parte del mismo grupo de sociedades en los términos establecidos en el CCom. Y, de conformidad con la segunda, la entidad adquirente sí que tiene participación

previa en la entidad transmitente, o bien pertenecen al mismo grupo de entidades. Analicemos detenidamente cada una de ellas.

La primera situación planteada sería aquella en la que la entidad adquirente no tiene participación en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación de reestructuración o bien no forma parte del mismo grupo de sociedades en los términos del artículo 42 del CCom. Adviértase que en este primer supuesto no se establece ninguna limitación a la subrogación de las bases imponibles negativas que la entidad transmitente ha generado. Ahora bien, en dichos supuestos será aplicable, en su caso, la limitación general establecida respecto de todo tipo de sociedades en el artículo 25 del TRLIS. Adicionalmente habrá que tener presente lo dispuesto en el artículo 19.6 del citado Texto Refundido en relación con la reversión del deterioro de valor de elementos patrimoniales (acciones o participaciones) que hubiesen sido objeto de una corrección de valor por deterioro. Veamos más detenidamente esta circunstancia en los siguientes supuestos.

Analicemos a continuación el segundo supuesto planteado con anterioridad, es decir, el relativo a aquellos casos en los que la entidad adquirente sí que tiene participación previa en la entidad transmitente, o bien ambas pertenecían al mismo grupo de sociedades. Refiriéndose a estos casos establece el artículo 90.3 del TRLIS una reducción de la base imponible negativa susceptible de compensación. Concretamente en estos supuestos la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a dicha participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente y su valor contable.

Añade, además, el citado artículo 90.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que en ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente o de la depreciación de la participación de otra entidad en esta última cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del CCom.

Adicionalmente, tratándose de aquellos supuestos en los que la entidad adquirente participase en la sociedad transmitente o formara parte del grupo de sociedades con anterioridad a la realización de la operación societaria habría que entrar a determinar, con carácter previo, cuándo se han generado las pérdidas en la sociedad transmitente. Téngase presente que dichas pérdidas podrían haberse generado con anterioridad o con posterioridad a la adquisición de la participación.

Habiéndose generado las pérdidas con anterioridad a la adquisición de la participación, respecto del socio dichas pérdidas habrían sido tenidas en cuenta de cara a la realización de la transmisión. Así las cosas en el supuesto de que posteriormente tuviese lugar la fusión habrían de compensarse los beneficios de la adquirente con las pérdidas de la transmitente. Repárese, no obstante, que en el presente caso se estarían utilizando dos veces las pérdidas, no siendo por tanto de aplicación el artículo 19.6 del TRLIS. Ello explica el establecimiento de la restricción en el artículo 90.3 del citado Texto Refundido, a resultas de la cual se opera la reducción de las bases imponi-

bles negativas en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios y su valor contable.

En cambio, habiéndose generado las pérdidas con posterioridad a la adquisición habrá sido contabilizada la pérdida por deterioro respecto del nuevo socio, señalando a este respecto el citado artículo 90.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que: «En ningún caso podrán compensarse las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan dado lugar a la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente».