

# LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN EN FUSIONES Y ESCISIONES: EL TRATAMIENTO FISCAL DEL FONDO DE COMERCIO Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS

**GERARDO CUESTA CABOT**

*Abogado y economista.  
Departamento Fiscal de Uría Menéndez*

## **Extracto:**

**E**L Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades prevé una serie de mecanismos para la corrección de la doble imposición que se puede poner de manifiesto como consecuencia de operaciones de fusión o escisión.

En este trabajo se realiza un análisis crítico de estos mecanismos y, especialmente, de la deducibilidad fiscal del fondo de comercio de fusión, reflexionando sobre su contexto, naturaleza, condiciones y diferenciación respecto de los conceptos contables. Al hilo de este análisis quedan de manifiesto numerosos aspectos controvertidos y deficiencias de la regulación, muchas de las cuales no han podido ser resueltas por la doctrina administrativa y jurisprudencial.

**Palabras clave:** fusiones, escisiones, doble imposición, fondo de comercio, diferencia de fusión, operaciones de reestructuración, neutralidad fiscal y plusvalías latentes.

# THE AVOIDANCE OF DOUBLE TAXATION IN MERGERS AND DEMERGERS: THE TAX TREATMENT OF THE GOODWILL AND OTHER RELATED ISSUES

**GERARDO CUESTA CABOT**

*Abogado y economista.  
Departamento Fiscal de Uría Menéndez*

## **Abstract:**

**T**HE Spanish Corporate Income Tax act foresees certain mechanisms for the avoidance of potential double taxation arising as a consequence of mergers and demergers.

This paper carries out a critical analysis of these mechanisms, specially as regards the tax deductibility of the merger goodwill, considering its context, nature, conditions and differences with the accounting concepts. A wide number of controversial aspects and defects of the regulations are exposed in this analysis, many of which have not been clarified or corrected by the administrative and jurisprudential precedents.

**Keywords:** mergers, demergers, double taxation, goodwill, merger difference, restructuring transactions, tax neutrality and embedded capital gains.

# Sumario

1. Introducción.
2. El sistema del Impuesto sobre Sociedades para la corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones acogidas al Régimen de Neutralidad.
  - 2.1. Doble imposición como consecuencia de la anulación de la participación en la entidad transmitente.
  - 2.2. Doble imposición como consecuencia de transmisiones previas de las participaciones en la sociedad transmitente.
3. El artículo 89.3 del TRLIS.
  - 3.1. Operaciones a las que puede resultar de aplicación el artículo 89.3 del TRLIS.
  - 3.2. Determinación de la diferencia de fusión, revalorización de activos y generación del fondo de comercio de fusión según el artículo 89.3 del TRLIS.
  - 3.3. Fondo de comercio de fusión del artículo 89.3 del TRLIS vs. fondo de comercio de fusión contable.
  - 3.4. Requisitos para que la imputación de la diferencia de fusión establecida en el artículo 89.3 del TRLIS tenga efectos fiscales.
  - 3.5. La necesidad de dotar una reserva para la deducción del fondo de comercio de fusión del artículo 89.3 del TRLIS.
  - 3.6. El fondo de comercio del artículo 89.3 del TRLIS en fusiones transnacionales.
4. La doble imposición y la deducibilidad del fondo de comercio puesto de manifiesto en fusiones y escisiones a las que no haya sido de aplicación el diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad.
5. Reflexiones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los fenómenos de doble tributación son un claro obstáculo para el funcionamiento eficiente de los mercados, lo cual se pone especialmente de manifiesto en el ámbito de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial.

En estas operaciones la potencial doble imposición se deriva fundamentalmente del hecho de que las plusvalías latentes y el fondo de comercio de todo negocio explotado por una sociedad están implícitos tanto en el valor de su patrimonio como en el valor de sus participaciones. Así, existe una potencial renta que puede llegar a tributar doblemente, por un lado, en sede de la sociedad transmitente (absorbida, si se trata de una fusión por absorción) y, por otro, en sede de sus socios.

Por ello, es habitual que en este tipo de operaciones sea crítico el análisis de la posible aplicación de los mecanismos legalmente previstos para evitar o paliar la doble imposición, y especialmente el que se articula a través de la deducibilidad fiscal del fondo de comercio.

A este respecto, conviene anticipar que, aunque sustancialmente responde a un mismo concepto económico <sup>1</sup>, el fondo de comercio deducible fiscalmente no coincidirá necesariamente con el fondo de comercio contable del negocio adquirido, especialmente en operaciones acogidas al régimen especial de neutralidad fiscal («**Régimen de Neutralidad**» o «**Régimen Especial**») previsto en el Capítulo VIII del Título VII 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**»), pues su configuración está fuertemente mediatizada por su función como mecanismo de corrección de la doble imposición.

<sup>1</sup> El fondo de comercio o *goodwill* representa la puesta en valor de las interacciones y sinergias que se derivan de la explotación conjunta de los activos de un negocio en funcionamiento, como expectativa de los ingresos futuros de ese negocio. De esta forma, generalmente se considera fondo de comercio a la parte del valor de un conjunto de activos que excede de la suma de los valores que tales activos tendrían por separado. Podría decirse, si se me permite la licencia, que respecto de estos activos ocurre algo análogo a lo que BENEDETTI dice en un famoso poema sobre sí mismo y su amada, «en la calle, codo a codo, somos mucho más que dos».

El objeto de este trabajo es realizar un análisis crítico de las particularidades del tratamiento fiscal del fondo de comercio que se puede poner de manifiesto en fusiones y escisiones, especialmente cuando estas se acogen al Régimen de Neutralidad, así como del resto de los mecanismos previstos en nuestro sistema para evitar o mitigar la doble imposición en estas operaciones, reflexionando sobre sus deficiencias y aspectos controvertidos, muchos de los cuales no han podido ser resueltos por la doctrina administrativa o jurisprudencial.

## **2. EL SISTEMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES PARA LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN EN FUSIONES Y ESCISIONES ACOGIDAS AL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD**

Como es sabido, en una fusión o escisión acogida al Régimen de Neutralidad, la entidad o entidades transmitentes (absorbidas, si se trata de una fusión por absorción) no tributan generalmente por la diferencia entre el valor de mercado de sus activos y su coste de adquisición (como sí ocurre fuera de este régimen o en caso de renuncia a su aplicación), de forma que estos activos pasan al patrimonio de la entidad beneficiaria de la operación conservando el mismo valor de adquisición a efectos fiscales que tenían en sede de la entidad o entidades transmitentes (arts. 84 y 85 TRLIS). Esto significa, en síntesis, el diferimiento en la imposición de las rentas que en otro caso se habrían puesto de manifiesto en la operación.

De esta forma, en virtud de este régimen de diferimiento, las plusvalías y el fondo de comercio pendientes de materializar se trasladan a la entidad adquirente (absorbente, si se trata de una fusión por absorción), en sede de la cual se materializarán potencialmente en el futuro, generando en tal caso la tributación que en el momento de la fusión quedó suspendida. Así, por ejemplo, si con posterioridad a una fusión la entidad adquirente (absorbente) vendiera a un tercero el negocio adquirido como consecuencia de la fusión, esta entidad tributaría normalmente por la diferencia entre el precio de venta y el coste de adquisición a efectos fiscales de los activos y pasivos correspondientes (diferencia que se correspondería, al menos en parte, con las plusvalías latentes de los activos transmitidos y, en su caso, con el fondo de comercio del negocio que ya existían en el momento de la fusión). En estos supuestos podría parecer que no cabe hablar de doble imposición, puesto que sobre esta diferencia no habría tributado la entidad transmitente (absorbida) con ocasión de la fusión, en virtud del Régimen de Neutralidad.

Sin embargo, esa diferencia entre el valor de mercado del negocio de una sociedad y su coste de adquisición a efectos fiscales se manifiesta también en el valor de sus participaciones y, por consiguiente, (i) la anulación de tales participaciones como consecuencia de la fusión o escisión o (ii) la transmisión de estas participaciones previa a la fusión o escisión, podrían dar lugar a una renta en sede de los socios sujeta a tributación. En este caso, la doble tributación se hace evidente, toda vez que las plusvalías del negocio (incluyendo su fondo de comercio) habrán tributado, por un lado, en cabeza de los socios con ocasión de la anulación de su participación o la transmisión de esta con carácter previo a la fusión y, por otro, tributarán en la sociedad cuando esta última las materialice en el futuro.

## 2.1. Doble imposición como consecuencia de la anulación de la participación en la entidad transmitente

En principio, según establece el artículo 15.7 del TRLIS «en la fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor normal del mercado de la participación recibida y el valor contable de la participación anulada».

Bajo el Régimen de Neutralidad los socios de la entidad transmitente (absorbida, si se trata de una fusión por absorción) no integrarán en su base imponible la referida diferencia, en tanto en cuanto sean residentes en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los títulos recibidos a cambio sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español (art. 88 TRLIS). En estos casos las participaciones en la sociedad adquirente recibidas por los socios de la sociedad transmitente toman como valor de adquisición a efectos fiscales aquel que tenían sus antiguas participaciones en la sociedad transmitente (aumentado o disminuido en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida).

Estamos, en definitiva, ante un mero diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes y el fondo de comercio implícitos en el valor de las participaciones de la sociedad transmitente anuladas como consecuencia de la operación. Quiere esto decir que la tributación sobre las plusvalías latentes y el fondo de comercio del negocio de la sociedad transmitente no se evita, sino que se difiere, tanto en sede de esta (ex arts. 84 y 85 TRLIS), como en sede de los socios (ex art. 88 TRLIS), con lo que una misma renta podrá ser objeto de tributación posterior en la sociedad beneficiaria y en sus socios, dando origen así a una doble imposición económica que podrá corregirse o mitigarse, en su caso, bajo el régimen general de deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30 del TRLIS <sup>2</sup>.

Distinto es el caso cuando el socio que anula su participación es la propia sociedad beneficiaria de la fusión o escisión. Aquí cabe hablar no ya de doble imposición económica, sino de doble imposición jurídica, por cuanto que es un mismo sujeto pasivo, la sociedad beneficiaria, la que podría llegar a tributar doblemente por una misma renta (la que se puede poner de manifiesto con ocasión de la anulación de su participación en la entidad transmitente y que potencialmente también se puede materializar sobre los activos que hace suyos por el valor de adquisición fiscal que existía en la entidad transmitente). Por otra parte, y como es obvio, la sociedad beneficiaria, al anular su participación en la sociedad transmitente, no recibe a cambio otras participaciones que, en su caso, puedan dar lugar en el futuro a la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30 del TRLIS.

<sup>2</sup> Un caso particular de potencial doble imposición al margen de estos supuestos es aquel en el que la sociedad transmitente participa en la entidad adquirente (e.g., fusión inversa). En estos casos la entidad absorbida transmitirá, entre otros posibles activos, sus participaciones en la entidad absorbente, participaciones que no se integrarán en el balance de esta última, sino que serán atribuidas a los socios de la sociedad absorbida, quienes normalmente las valorarán por el mismo valor de adquisición fiscal que tenían las participaciones en la entidad absorbida que entregan a cambio (art. 88 TRLIS). Para evitar situaciones de exceso o defecto de imposición en estos casos, el artículo 89.4 del TRLIS prevé que, cuando la entidad transmitente participe en el capital de la entidad adquirente, no se integrarán en la base imponible de aquella las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación, aun cuando la entidad hubiera ejercitado la facultad de renuncia al régimen de diferimiento establecida en el artículo 84.2 del TRLIS.

En este supuesto, si la participación de la entidad beneficiaria de la fusión o escisión en la entidad transmitente es igual o superior a un 5 por 100, según dispone el artículo 89.1 del TRLIS, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente (absorbida, en el caso de fusión), ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa. Como ha reconocido la Dirección General de Tributos («DGT»), debe entenderse que este precepto se refiere tanto a las reservas expresas<sup>3</sup> como a las reservas tácitas (plusvalías latentes y fondo de comercio) de la sociedad transmitente [Consulta V0615/2007, de 23 de marzo (NFC025472), entre otras]<sup>4</sup>. En consecuencia, en estos casos se evitará la tributación de las plusvalías y el fondo de comercio no realizados del negocio de la entidad transmitente que se manifiestan en el socio adquirente que anula su participación como consecuencia de tal anulación, con lo que no existirá doble imposición<sup>5</sup>.

Dicho de otro modo, cuando es la propia sociedad beneficiaria de la fusión la que participa en la sociedad transmitente en al menos un 5 por 100, esa participación se anula sin que la sociedad beneficiaria reciba títulos a cambio de los anulados, de forma que, al no tributar esa anulación en los términos establecidos en el artículo 89.1 del TRLIS, no hay un diferimiento de las plusvalías de los títulos anulados, sino una exención definitiva, lo que excluye que pueda darse doble imposición.

Por el contrario, si la participación de la entidad beneficiaria en la entidad transmitente (absorbida, en el caso de fusión) previa a la fusión o escisión es inferior al 5 por 100, no entrará en juego el artículo 89.1 del TRLIS, y su anulación determinará una renta por el importe de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales recibidos proporcionalmente atribuible a la participación y el valor contable de esta (art. 89.2 TRLIS). En este caso, según el tenor literal de la norma, no podría evitarse la doble imposición, que se consumará en el momento en el que las plusvalías y el fondo de comercio del negocio de la sociedad transmitente, diferidos en virtud del Régimen de Neutralidad, se realicen en sede de la entidad beneficiaria de la operación.

En efecto, siendo la participación previa en la entidad transmitente inferior al 5 por 100, la entidad beneficiaria de la fusión o escisión podrá aplicar la deducción por doble imposición prevista en el artículo 30.3 del TRLIS<sup>6</sup> (al 50%) por la parte de la renta que deba integrar como consecuencia

<sup>3</sup> Entendiendo como tales también la prima de emisión, según confirmó el TEAC en Resolución de 18 de diciembre de 2008 [R.G. 2064/2007 (NFJ031525)], aunque la DGT viene exigiendo que las reservas expresas hayan tributado, y que tengan reconocido el derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en caso de distribución, lo que le lleva a excluir las reservas expresas de una SICAV que hayan tributado al 1 por 100 [Consulta V2371/2010, de 29 de octubre (NFC039582)].

<sup>4</sup> No obstante, sería deseable una mayor claridad en la norma, como reclaman algunos autores. Una solución menos formalista y técnicamente más precisa podría ser evitar la referencia a las reservas, estableciendo con carácter general la ausencia de tributación salvo para la parte de la renta obtenida en la anulación de la participación que, en su caso, se corresponda con rentas que no han tributado o no van a tributar en la entidad participada debido a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, en línea con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 30.5 del TRLIS.

<sup>5</sup> La renta que obtenga el socio absorbente como consecuencia de la anulación de su participación no necesariamente se corresponderá con reservas expresas o tácitas de la entidad participada. Así ocurrirá cuando la sociedad participada haya tenido pérdidas en el pasado, pérdidas que podrían haber dado lugar a un deterioro en el valor de la participación que el socio ha podido deducir fiscalmente o a una minusvalía registrada por un anterior titular de la participación. En estos casos, la renta que obtenga el socio como consecuencia de la anulación de su participación que se corresponda con la reversión de ese deterioro o minusvalía se integrará en su base imponible, pero sin que esto produzca doble imposición alguna.

<sup>6</sup> Según establece este precepto «La deducción también se aplicará en los supuestos de liquidación de sociedades, separación de socios, adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización y disolución sin liquidación en las ope-

de la anulación de su participación en la transmitente, en la medida en que se corresponda con beneficios no distribuidos. Sin embargo, no podrá aplicarse esta deducción por las plusvalías latentes y el fondo de comercio que correspondan a la participación y por los cuales la entidad transmitente no habrá tributado en el momento de la fusión, habiendo quedado diferidos en virtud de los artículos 84 y 85 del TRLIS, salvo que se interprete, como hace la mayoría de la doctrina, que el artículo 30.3 del TRLIS, cuando admite la deducción respecto de «la renta que la sociedad [absorbida] (...) deba integrar en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta ley», incluye la renta que no haya sido integrada por haber quedado diferida en aplicación del Régimen de Neutralidad<sup>7</sup>. Esta interpretación flexible, que compartimos, estaría en línea con lo mantenido por la DGT en Consulta V2615/2007, de 4 de diciembre (NFC028020)<sup>8</sup>. Una interpretación diversa consagraría la doble imposición en estos supuestos, doble imposición que, paradójicamente, en ausencia del Régimen de Neutralidad, el artículo 30.3 del TRLIS mitigaría.

## 2.2. Doble imposición como consecuencia de transmisiones previas de las participaciones en la sociedad transmitente

Es posible que con anterioridad a la fusión hayan tenido lugar transmisiones de participaciones en la entidad transmitente (absorbida), de forma que las plusvalías latentes y el fondo de comercio del negocio de la entidad absorbida hayan tributado ya en cabeza de los anteriores titulares de las participaciones como consecuencia de tales transmisiones. En estos casos la amenaza de doble imposición es inmediata, por cuanto que, ya sometidos a tributación las plusvalías y el fondo de comercio del negocio de la entidad absorbida con ocasión de una transmisión previa de sus participaciones, solo quedará que la entidad beneficiaria de la fusión, que adquiere el patrimonio de la sociedad absorbida por sus valores históricos bajo el Régimen de Neutralidad, materialice esta renta potencial, para que la doble imposición se consuma.

Los anteriores titulares de las participaciones en la entidad transmitente (absorbida, en caso de fusión por absorción) pudieron haber transmitido estas a la propia entidad beneficiaria de la fusión o a terceros. En este último supuesto, si existen participaciones de terceros en la entidad transmitente al tiempo de la fusión o escisión, estos normalmente valorarán a efectos fiscales los

---

raciones de fusión, escisión total o cesión global del activo y pasivo, respecto de las rentas computadas derivadas de dichas operaciones, en la parte que correspondan a los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital, y a la renta que la sociedad que realiza las operaciones a que se refiere el párrafo anterior deba integrar en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta ley». Como han puesto de manifiesto algunos autores, una interpretación de este precepto acorde con su espíritu y finalidad debiera llevar a entender también incluidas las escisiones parciales. PRIETO RICO, Mauro: «Régimen fiscal de la escisión de sociedades», *RCyT*. CEF, núm. 188, noviembre 1998; MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo: «Fiscalidad de la escisión de sociedades anónimas», Aranzadi, Elcano, 2006.

<sup>7</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio y ORTEGA CARBALLO, Enrique: «Fusiones», *Memento práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2006; MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo, *op. cit.*, y ARAGÓN ARAGÓN, Manuel (dir.): «Análisis de la Ley 43/1995 del impuesto sobre sociedades y de su Reglamento», Aranzadi, Pamplona, 1997.

<sup>8</sup> En esta consulta la DGT admite la aplicación de la deducción prevista en el artículo 30.3 del TRLIS en un supuesto en el que una entidad adquiere acciones propias para su amortización entregando a sus socios acciones en una entidad no residente, dando lugar a una plusvalía ex artículo 15 del TRLIS exenta en virtud del artículo 21 del TRLIS y, por tanto, no integrada en su base imponible.

títulos que reciban en la entidad beneficiaria de la operación por el mismo valor de adquisición fiscal que tenían los títulos en la entidad transmitente que entregan a cambio, como se indicó en el epígrafe anterior (art. 88.2 TRLIS). En este caso, el sistema para corregir o mitigar la doble imposición es el general, esto es, la deducción por doble imposición interna establecida en el artículo 30 del TRLIS, deducción que generalmente podrán aplicar los socios cuando, en el futuro, la sociedad beneficiaria de la fusión materialice las plusvalías latentes y el fondo de comercio, generando unas reservas que, al ser objeto de distribución en forma de dividendo, podrán dar lugar a una deducción para el socio a pesar de que de la distribución del dividendo se derive un deterioro en el valor de la participación, siempre y cuando el anterior titular haya tributado, en las condiciones establecidas en el artículo 30.4 del TRLIS.

Sin embargo, cuando quien ha adquirido participaciones de anteriores titulares en la entidad transmitente es la propia entidad beneficiaria de la fusión o escisión, esta vía queda cerrada, pues las participaciones de la entidad beneficiaria en la entidad transmitente se anularán sin más. Es decir, como es lógico, la entidad beneficiaria no recibirá a cambio otras participaciones que en el futuro puedan generar un derecho a la deducción por doble imposición en virtud del artículo 30 del TRLIS.

Para corregir la posible doble imposición en estos supuestos, el artículo 89.3 del TRLIS prevé, con el alcance y limitaciones que se examinarán más adelante, que cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5 por 100, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios se imputará a los bienes y derechos adquiridos, aplicando el método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo, y la parte de aquella diferencia que no hubiera sido imputada (el fondo de comercio) será fiscalmente deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteaava parte de su importe.

Con lo anterior, el legislador ha pretendido que, bajo determinados requisitos, no se tribute dos veces por unas mismas plusvalías latentes y fondo de comercio. En caso contrario, la entidad absorbente volvería a tributar por unas plusvalías latentes y fondo de comercio ya gravados en sede de los anteriores titulares de la participación, consumándose la doble imposición, bien en una ulterior venta del negocio por la entidad absorbente, con la consiguiente tributación de esta sobre las plusvalías latentes de los activos del negocio y fondo de comercio preexistentes a la fusión; bien a lo largo de la vida del negocio, con la sucesiva generación de los ingresos derivados de este sin reconocer ni por tanto poder deducir el gasto correspondiente por la progresiva depreciación o deterioro de las plusvalías de los activos y el fondo de comercio preexistentes a la fusión<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En palabras de la DGT, la finalidad del artículo 89.3 del TRLIS «no es otra que evitar supuestos de doble imposición en territorio español en los casos en que el precio de adquisición de la participación en la entidad absorbida exceda del importe de sus fondos propios en el momento en que tiene lugar la transmisión del patrimonio de dicha entidad con ocasión de la operación de fusión, correspondiendo ese exceso tanto a mayores valores de los elementos del inmovilizado que integran ese patrimonio como a activos intangibles, de manera que si el importe del referido exceso se ha manifestado como renta en la persona o entidad transmitente de la participación y, por ello ha supuesto que dicha renta se ha integrado en su base imponible sin reducción alguna estando sometida a una tributación efectiva, al objeto de que ese mismo importe no salga a relucir de nuevo en forma de renta en sede de la entidad absorbente una vez realizada la operación de fusión y, en consecuencia, no resulte una doble imposición sobre esa misma renta», Consulta V1623/2009, de 9 de julio (NFC034622), entre otras.

### 3. EL ARTÍCULO 89.3 DEL TRLIS

#### 3.1. Operaciones a las que puede resultar de aplicación el artículo 89.3 del TRLIS

El artículo 89.3 del TRLIS en ningún momento se refiere a la fusión como la única operación en la que pueden producirse los efectos que en él se regulan. Sin embargo, es evidente que no cualquier operación del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS es susceptible de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 89.3 del TRLIS, toda vez que este precepto tiene como premisa que se produzca la anulación de una participación previa de la entidad adquirente en la transmitente.

De las operaciones de reorganización empresarial definidas en el artículo 83 del TRLIS, únicamente en las fusiones y, en ocasiones, en las escisiones, se «anulan» las participaciones de la entidad transmitente. Generalmente esta anulación se producirá como consecuencia de la disolución sin liquidación de la entidad transmitente (este es el caso de las fusiones y las escisiones totales), aunque también podría darse como consecuencia de una reducción de capital en la que se amorticen participaciones (este podría ser el caso de una escisión parcial, si en ella se prevé una reducción de capital de este tipo).

Por otra parte, el hecho de que se requiera que la entidad adquirente tenga una participación previa en la entidad absorbente excluye todas aquellas operaciones en las que la entidad adquirente sea de nueva creación.

Con ello, el grupo de operaciones candidatas a la generación de un fondo de comercio deducible en virtud del artículo 89.3 del TRLIS queda reducido a las fusiones por absorción y a las escisiones totales (o parciales, si dan lugar a una reducción de capital mediante amortización de acciones) en las que la entidad beneficiaria de la escisión preexista y tenga una participación previa en la entidad que se escinde.

Superados los anteriores condicionantes, en nuestra opinión no existiría ninguna justificación para limitar aún más las operaciones susceptibles de acogerse al artículo 89.3 del TRLIS y excluir las escisiones, sino que, por el contrario, el régimen establecido en este artículo debe entenderse plenamente aplicable a las escisiones en las que se den las condiciones indicadas.

En este sentido, aunque nos refiramos en ocasiones por economía o simplificación únicamente al término *fusión* y sus derivados, debe entenderse que todo lo que se diga respecto de las fusiones es extrapolable, *mutatis mutandis*, a las escisiones en las que se den las circunstancias descritas.

#### 3.2. Determinación de la diferencia de fusión, revalorización de activos y generación del fondo de comercio de fusión según el artículo 89.3 del TRLIS

Para corregir la doble imposición descrita en el epígrafe 2.2 anterior *in fine*, esto es, la derivada de la tributación de los anteriores titulares de las participaciones de la entidad transmitente (absor-

bida, en el caso de fusión) con ocasión de la transmisión de su participación a la entidad adquirente, el artículo 89.3 del TRLIS atribuye determinados efectos fiscales a la «diferencia de fusión», entendida esta como el importe de la diferencia entre (i) el precio de adquisición<sup>10</sup> de la participación previa de la entidad absorbente en la entidad absorbida y (ii) los fondos propios atribuibles a dicha participación. Estos efectos fiscales son, como es sabido, la generación de un fondo de comercio deducible con el límite anual máximo de la veinteva parte de su importe y el reconocimiento, en sede de la entidad absorbente, de los activos adquiridos por su valor razonable como coste de adquisición fiscal, en las condiciones que se analizarán más adelante.

Metodológicamente, el artículo 89.3 del TRLIS parte de la necesidad de imputar la diferencia de fusión a los bienes y derechos adquiridos (y también, en nuestra opinión, aunque la norma no lo mencione expresamente, a los pasivos adquiridos) bajo el método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo. La parte de la diferencia de fusión no imputable a las plusvalías latentes de los bienes y derechos adquiridos constituirá, de manera residual, el fondo de comercio a efectos fiscales.

El desarrollo del método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio se contiene actualmente en el Capítulo III de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre («NFCAC»). A este respecto, el método de integración global regulado en el Capítulo III de las NFCAC descansa con carácter general en el método de adquisición para la llamada *eliminación inversión-patrimonio neto*<sup>11</sup>, remitiéndose expresamente a lo establecido en la norma de registro y valoración («NRV») 19.<sup>a</sup>, Combinaciones de Negocios, del Plan General de Contabilidad («PGC»). Según el método de adquisición, los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos de la sociedad dependiente se deben registrar por su valor razonable, de tal forma que la diferencia entre este valor y su valor de adquisición fiscal «consumirá» la diferencia de fusión en primer término para así determinar, de forma netamente residual, el fondo de comercio a efectos fiscales, según lo indicado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las NFCAC excluyen la aplicación del método de adquisición cuando la sociedad adquirida no constituye un negocio según criterios contables<sup>12</sup> o cuando ambas sociedades tuvieran la calificación de empresas del grupo antes de que se formalizara su vinculación en virtud de una operación de aportación no dineraria o de una escisión. En estos casos se aplican reglas especiales (arts. 38 y 39 NFCAC, NRV 21.<sup>a</sup> del PGC), según las cuales los activos y pasivos adquiridos no se valorarán normalmente por su valor razonable. Aunque creemos que existe suficiente base para interpretar que la imputación de la diferencia de fusión a efectos del artículo 89.3 del TRLIS en todo caso debe seguir el método de adquisición, sería desde luego deseable una precisión normativa al respecto.

<sup>10</sup> Corregido, en su caso, por los ajustes de valor que hayan tenido impacto fiscal.

<sup>11</sup> La eliminación inversión-patrimonio neto se define en las NFCAC como la compensación de los valores contables representativos de los instrumentos de patrimonio de la sociedad dependiente que la sociedad dominante posea, directa o indirectamente, con la parte proporcional de las partidas de patrimonio neto de la mencionada sociedad dependiente atribuible a dichas participaciones.

<sup>12</sup> A estos efectos se entiende por negocio un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes.

Por otra parte, interesa destacar el carácter residual del fondo de comercio del artículo 89.3 del TRLIS. Como se ha indicado, únicamente la parte de la diferencia de fusión que, en su caso, subsista tras la imputación a los bienes y derechos adquiridos (esto es, únicamente la parte de la diferencia de fusión que no corresponda a plusvalías latentes de los bienes y derechos adquiridos) se considerará fondo de comercio a efectos fiscales. Así, por ejemplo, cuando la sociedad transmitente (absorbida) es una entidad que únicamente tiene participaciones en otras entidades (lo que comúnmente se denomina como sociedad *holding*) difícilmente podrá generarse un fondo de comercio de fusión, puesto que la diferencia de fusión debiera ser enteramente atribuible al fondo de comercio financiero de las participaciones en las entidades participadas, que actualizarían su valor de adquisición fiscal hasta alcanzar su valor razonable.

Finalmente, en cuanto a los efectos fiscales de la parte de la diferencia de fusión que se haya imputado a los activos adquiridos (quedando, por tanto, «revalorizados» a efectos fiscales), deben realizarse las siguientes consideraciones:

#### **a) Bienes y derechos adquiridos susceptibles de revalorización fiscal.**

A pesar de que, según establece el artículo 89.3 del TRLIS, para imputar la diferencia de fusión y determinar residualmente el fondo de comercio fiscalmente deducible se deben tener en cuenta las plusvalías latentes (esto es, la diferencia entre el valor razonable y el valor de adquisición fiscal en sede de la entidad transmitente) de todos los bienes y derechos adquiridos, en cuanto a los efectos fiscales de esta imputación la norma se limita a mencionar que produce efectos fiscales la imputación realizada respecto de los *bienes del activo fijo* (activo no corriente) adquiridos.

Así, bajo el tenor literal de la norma, la diferencia de fusión atribuible al activo corriente (incluyendo, entre otros conceptos, las existencias o las inversiones a corto plazo) y por tanto «consumida» por este, no surtiría efectos fiscales, o lo que es lo mismo, los elementos del activo corriente pasarían a formar parte del patrimonio de la entidad adquirente por el mismo valor de adquisición fiscal que tenían en la entidad transmitida. No se eliminaría pues la doble imposición respecto de esta parte de la diferencia de fusión, a pesar de que sobre ella haya pagado impuestos el anterior titular de las participaciones de la sociedad absorbida.

No se entiende por qué el legislador podría haber querido excluir del mecanismo de corrección de la doble imposición del artículo 89.3 del TRLIS las plusvalías latentes del activo corriente, lo que sería, además de contrario al espíritu y finalidad del precepto, incoherente con la propia deducibilidad del fondo de comercio, pues este es expresión de los ingresos futuros del negocio, a cuya obtención contribuyen todos los activos sin distinción. Podrá objetarse que en condiciones normales el activo corriente no presentará plusvalías latentes relevantes cuantitativamente. Sin embargo, esto no puede justificar la inconsistencia técnica en la corrección de la doble imposición, por lo que creemos que, teniendo en cuenta la finalidad y el contexto de la norma, debiera interpretarse que los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión se extienden a todos los activos adquiridos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya evitan esta discusión aclarando específicamente que la imputación de la diferencia de fusión a los bienes y derechos adquiridos, sin distinción, tiene efectos fiscales. BEIRAS CAL, Antón: «Bronca en el 103. Acerca del efecto fiscal de la imputación de las diferencias de fusión a los bienes y derechos de circulante en las operaciones realizadas al amparo del régimen especial de la LIS», *Quincena Fiscal*, abril II, 2007.

Esta interpretación ha sido mantenida por el Tribunal Económico-Administrativo Central («TEAC») en Resolución de 16 de diciembre de 2005 [R.G. 1278/2002 (NFJ022473)] y está en línea con la argumentación de su postura tradicional sobre la extensión de los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión a los activos adquiridos en la fusión (el art. 103.3 de la Ley 43/1995, correlato del art. 89.3 TRLIS, en su redacción aplicable para ejercicios iniciados antes de 1 de enero de 2001 no mencionaba que la imputación de la diferencia de fusión a los activos adquiridos pudiera tener efectos fiscales, lo que ocasionó que la DGT interpretara que no los tenía, manteniendo el TEAC un criterio discrepante)<sup>14</sup>.

Finalmente, aunque la norma se refiera a los *bienes* del activo fijo, como únicos elementos susceptibles de revalorización fiscal, es claro que estos pueden ser tanto bienes como derechos, como reconoce el propio artículo 89.3 del TRLIS implícitamente al prever que la revalorización fiscal se debe tener en cuenta a la hora de calcular las amortizaciones de los artículos 12.6 y 12.7 del TRLIS (que regulan la amortización del fondo de comercio, en este caso, previo a la fusión, y del inmovilizado intangible con vida útil indefinida, sin que ni uno ni otro puedan considerarse *bienes* en sentido estricto).

#### **b) Alcance de la revalorización fiscal.**

Como se ha adelantado, cumplidos los requisitos del artículo 89.3 del TRLIS, la revalorización de, al menos, los elementos del activo fijo, tendrá plenos efectos fiscales. Así, por ejemplo, el nuevo valor de adquisición a efectos fiscales se tendrá en cuenta a efectos de la materialización de la deducción por reinversión por la entidad adquirente [y así lo ha admitido la DGT en Consultas V0106/2004, de 21 de septiembre (NFC020114) y V1776/2009, de 29 de julio (NFC034870)] o, incluso, si el activo revalorizado es una participación en una entidad que posteriormente es absorbida en una segunda fusión, el valor revalorizado en la primera fusión será la referencia para el cálculo de la diferencia de fusión de la segunda fusión [Consulta V0511/2010, de 17 de marzo (NFC037663)].

Por ello entendemos superflua la previsión legal de que será deducible de la base imponible, en el caso 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 igualmente aplicable la deducción establecida en los artículos 12.6 y 12.7 del TRLIS.

La revalorización fiscal de los elementos del activo fijo regulada en el artículo 89.3 del TRLIS no solo surte efectos respecto de los artículos 11, 12.6 y 12.7 del TRLIS, que expresamente menciona la norma, sino respecto de cualesquiera otros preceptos del TRLIS.

<sup>14</sup> Pueden citarse, entre otras, las Resoluciones de 25 de junio de 2004 [R.G. 1199/2003 (NFJ018004)] y 28 de febrero de 2008 [R.G. 3237/2006 (NFJ028886)]. Razona el Tribunal: «El objetivo de la norma contenida en el artículo 103.3, objeto del conflicto, es el de eliminar la posible doble imposición que se produciría si se hiciera tributar la diferencia entre el precio pagado por la participación y el valor teórico de la misma, en primer lugar, en sede del anterior tenedor de la participación y, posteriormente, se impidiera que este coste pagado tuviera la consideración de coste de adquisición a efectos fiscales, con lo que se sometería de nuevo a imposición. De no interpretarse esta norma, tal y como lo hace este Tribunal, se llegaría a la conclusión de que el legislador solo ha querido eliminar el exceso de imposición cuando esta se materializa como consecuencia de plusvalía tácitas identificables como fondo de comercio; pero no en el caso de que estas plusvalías se correspondan con otros activos, conclusión a la que no se le encuentra una apoyatura razonable». En similares términos se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencias de 2 de diciembre de 2008, rec. 710/2007 (NFJ033408) y 9 de septiembre de 2009.

Así, por ejemplo, no debiera existir ningún obstáculo a la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS, esto es, a la deducción del fondo de comercio financiero de participaciones en entidades no residentes adquiridas de la sociedad absorbida, calculado sobre el valor revalorizado en aplicación del artículo 89.3 del TRLIS. De hecho, el artículo 12.5 no condiciona la aplicación de la deducción del fondo de comercio financiero a la forma de adquisición de las participaciones correspondientes y resultaría arbitrario que quien adquiere en compraventa tuviera un tratamiento más favorable que quien adquiere como consecuencia de una operación de fusión <sup>15</sup>.

### 3.3. Fondo de comercio de fusión del artículo 89.3 del TRLIS vs. fondo de comercio de fusión contable

La norma contable (NRV 19.<sup>a</sup>, apartado 2.5) considera fondo de comercio el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos (una vez reconocidos y valorados tales activos y pasivos según lo dispuesto en el apartado 2.4 de dicha norma) <sup>16</sup>.

En consecuencia, el fondo de comercio contable no tiene por qué coincidir con el fondo de comercio que, en su caso, deba reconocerse fiscalmente según lo establecido en el artículo 89.3 del TRLIS. De hecho, el reconocimiento fiscal del mayor valor de activos y fondo de comercio de fusión previsto en el artículo 89.3 del TRLIS se configura como un mecanismo de corrección de la doble imposición, por lo que está sujeto a restricciones y reglas particulares, mientras que la norma contable, como no puede ser de otra manera, prescinde de tales consideraciones, ciñéndose al registro del fondo de comercio efectivamente puesto de manifiesto en la combinación de negocios de que se trate. Entre otros, pueden señalarse los siguientes puntos de divergencia:

1. La norma contable parte del coste de la combinación de negocios, no del precio de la participación previa de la entidad adquirente (absorbente) en la entidad transmitente (absorbida).

El coste de la combinación de negocios es un concepto más amplio <sup>17</sup> que el precio de adquisición de la participación, pues comprende o puede comprender otros supuestos y conceptos,

<sup>15</sup> En todo caso, tras la decisión de la Comisión Europea de 28 de octubre de 2009 recaída en el procedimiento C45/2007 (que ha dado lugar a la consiguiente modificación del art. 12.5 TRLIS operada por la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011), la deducción prevista en este artículo 12.5 del TRLIS no es aplicable en el caso de participaciones en entidades comunitarias, a excepción de que la adquisición se hubiera producido antes del 21 de diciembre de 2007. Mediante una nueva decisión, de 12 de enero de 2011, la Comisión ha extendido esta restricción a participaciones de entidades no comunitarias, salvo que se trate de una participación mayoritaria adquirida antes de la publicación de esta decisión y existan obstáculos explícitos para la realización de una fusión transnacional. Entendemos que con base en el principio de confianza legítima podría mantenerse que también resulta aplicable el artículo 12.5 del TRLIS a una sociedad absorbente que antes de 21 de diciembre de 2007 (o antes de la fecha de publicación de la decisión de 12 de enero de 2011, si se trata de filiales no comunitarias) hubiera adquirido participaciones en una sociedad *holding* residente que participe en sociedades no residentes, aunque la absorción de la *holding* (y por tanto la adquisición directa de las participaciones en las filiales extranjeras) sea posterior.

<sup>16</sup> Salvo en el caso de combinaciones de negocios entre entidades de un mismo grupo, en cuyo caso aplicará la NRV 21.<sup>a</sup>.

<sup>17</sup> A pesar de que ha quedado considerablemente limitado tras la modificación introducida 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 se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. Esta modificación excluye conceptos inicialmente incluidos por el PGC en la definición de coste de la combinación de negocios tales como los honorarios de los asesores que hayan intervenido en la operación.

- al definirse, en términos generales, como la suma de: (i) los valores razonables de los activos entregados, los pasivos incurridos o asumidos y los instrumentos de patrimonio emitidos a cambio del negocio adquirido; y (ii) el valor razonable de cualquier contraprestación contingente que dependa de eventos futuros o del cumplimiento de ciertas condiciones.
2. El fondo de comercio contable, definido como el exceso del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos, podrá verse disminuido como consecuencia del reconocimiento de pasivos fiscales por impuesto diferido (como ocurrirá normalmente bajo el diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad).
  3. Para la norma contable es irrelevante que la entidad adquirente tenga un determinado grado de participación previa en la entidad transmitente (absorbida) o que el anterior titular de la participación haya tributado o no con ocasión de su transmisión.
  4. Contablemente debe determinarse qué entidad es la adquirente en una combinación de negocios con base en la realidad económica de la operación más que en la forma jurídica de esta, por lo que puede darse el caso de que la entidad absorbente no sea la adquirente, sino la adquirida (lo que el PGC define como fusión inversa). Por tanto, el negocio adquirido (y con él, los activos que puedan actualizar su valor o el fondo de comercio que pueda generarse), desde un punto de vista contable, dependerá de las circunstancias económicas de la operación, sin que deba ser necesariamente el que corresponda a la entidad absorbida.

Por contra, el artículo 89.3 del TRLIS no puede sustraerse de la forma jurídica de la operación, puesto que el reconocimiento de mayor valor de activos y fondo de comercio que regula no es otra cosa que una excepción al principio general de que, bajo el Régimen de Neutralidad, los activos pasan a la entidad jurídicamente adquirente por el mismo valor de adquisición que tenían en la entidad que transmite su titularidad legal, siendo dicha transmisión jurídica la que, fuera del diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad, podría dar lugar a una renta según lo establecido en el artículo 15 del TRLIS.

Todas estas diferencias tienen como fundamento la diversa finalidad de la norma contable y el artículo 89.3 del TRLIS. Así, mientras la primera trata de recoger la realidad económica de la operación y reflejar contablemente el fondo de comercio que pueda existir en cada caso, la segunda parte de la conservación del valor de adquisición fiscal de los activos de la entidad transmitente en sede de la entidad adquirente y la no generación de fondo de comercio alguno, como consecuencia lógica del régimen de diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad. Por ello, en aplicación del Régimen de Neutralidad, y no mediando renuncia al diferimiento, únicamente se prevé la valoración de los activos adquiridos a mercado y la generación de un fondo de comercio deducible de manera excepcional, como medida de corrección de la doble imposición, en el supuesto en el que el anterior titular de la participación en la entidad absorbida ya haya tributado (o la norma presuma que así ha sido, según se examinará más adelante) sobre las plusvalías latentes y el fondo de comercio implícitos en el valor de transmisión la participación.

Otro aspecto en el que se pueden dar diferencias entre la norma contable y el artículo 89.3 del TRLIS es el relativo a la fecha relevante para la determinación de la diferencia de fusión y el fondo de

comercio (es decir, la fecha en la cual deben medirse las magnitudes relevantes para calcular la diferencia de fusión y el fondo de comercio)<sup>18</sup>. El artículo 89.3 del TRLIS no indica cuál es esa fecha a efectos fiscales, a diferencia del PGC, según el cual el fondo de comercio de fusión se determina a partir de los valores existentes en la fecha de adquisición, que es aquella en la que la entidad adquirente toma el control del negocio adquirido (lo cual normalmente se producirá con anterioridad a la fecha de efectos jurídicos de la fusión o escisión)<sup>19</sup>. Sobre este particular podrían mantenerse tres posturas distintas:

- a) Tomar a efectos fiscales la fecha o fechas en las que se hubieran adquirido las participaciones previas en la entidad transmitente.

La finalidad de la norma aconsejaría acudir a la fecha (o fechas) en las que se produjo la transmisión de la participación en la entidad absorbida por el anterior titular y, por consiguiente, se materializaron las plusvalías latentes y el fondo de comercio implícito en la participación que potencialmente pudieran dar lugar a la doble imposición que el artículo 89.3 del TRLIS trata de corregir. Precio, fondos propios y valoración de los activos quedarían así referidos todos ellos a una única fecha por cada adquisición de acciones previas.

- b) Tomar a efectos fiscales la fecha de referencia para la determinación del fondo de comercio contable.

Podría mantenerse que, ante el silencio de la norma fiscal y la remisión expresa del artículo 89.3 del TRLIS al método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y sus normas de desarrollo (lo que incluye las NFCAC y la NRV 19.<sup>a</sup> del PGC), la fecha de referencia a efectos fiscales debería coincidir con la contable (esto es, la fecha de adquisición, según se define esta en la NRV 19.<sup>a</sup> y la NRV 23.<sup>a</sup> del PGC)<sup>20</sup>.

Esta alternativa tendría la ventaja práctica de evitar tener que realizar una valoración de los activos adquiridos en una fecha distinta a efectos exclusivamente fiscales. Sin embargo, parecería una solución menos respetuosa con la finalidad correctora de la doble imposición que la alternativa anterior.

- c) Retrasar la fecha de referencia fiscal a la fecha de efectos jurídicos de la fusión (que es la fecha de inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil, según lo establecido en el art. 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

<sup>18</sup> Obsérvese que esta fecha no tiene por qué coincidir con el *dies a quo* o fecha desde la cual la sociedad absorbente puede deducir el fondo de comercio derivado de la fusión, fecha que, en todo caso, debiera ser la de presentación de la escritura de fusión para su inscripción registral, según ha mantenido el TEAC reiteradamente, incluso para los supuestos en los que existe retroacción contable, criterio que ha sido refrendado por la Audiencia Nacional [Sentencias de 13 de julio de 2009 (NFJ035455), 23 de noviembre de 2009 (NFJ037307) y 30 de septiembre de 2010 (NFJ040710), entre otras].

<sup>19</sup> En los supuestos de fusión o escisión, con carácter general, la fecha de adquisición será la de celebración de la Junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de fusión o escisión no contenga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior. En el supuesto de entidades integrantes de un grupo se entiende producida esa adquisición en el momento de su integración en el grupo. Los efectos jurídicos, en cambio, se producirán con carácter general en la fecha de registro de la operación.

<sup>20</sup> Véase nota anterior.

Este planteamiento, a pesar de ser el mantenido por la DGT y por el TEAC <sup>21</sup>, nos parece menos justificado que los anteriores, puesto que la fecha de efectos jurídicos de la operación es irrelevante, tanto para la determinación de las plusvalías del antiguo titular de las participaciones de la entidad transmitente, como para la determinación, en su caso, de la renta que pueda obtener la sociedad adquirente con la transmisión posterior del negocio (o su explotación), que son las rentas que pueden dar lugar a la doble imposición que el artículo 89.3 del TRLIS trata de corregir. Sin que, por otra parte, sea una alternativa que goce de apoyatura legal específica o plantee ventajas prácticas sobre las anteriores.

De hecho, si se sigue este criterio, la diferencia de fusión puede verse alterada arbitrariamente, tanto en su cuantía, por la evolución de los fondos propios de la entidad participada hasta el momento de efectos jurídicos de la fusión, como en su composición, pues la parte asignable o no al fondo de comercio podrá variar en función de la evolución del valor de mercado de los activos de la entidad absorbida hasta que se produce la fusión <sup>22</sup>.

Es significativo que el propio TEAC, en su citada Resolución de 27 de octubre de 2006 [R.G. 1383/2004 (NFJ024850)], admita que tomar la fecha de inscripción como fecha de referencia para determinar el valor teórico contable de la entidad absorbida a efectos del cálculo de la diferencia de fusión puede dar lugar, si existe retroacción contable, a un exceso o defecto de imposición en sede de la entidad absorbente. Así, si la entidad absorbida ha venido obteniendo beneficios, la absorbente tributará sobre estos en virtud de la retroacción contable, reduciéndose paralelamente el importe de la diferencia de fusión deducible al aumentar el valor teórico contable de la sociedad absorbida. Por el contrario, si ha venido generando pérdidas, la absorbente podría deducírselas en virtud de la retroacción contable, obteniendo además, en el momento de la inscripción de la fusión, una mayor diferencia de fusión deducible, al haberse reducido el valor teórico contable de la sociedad absorbida. Por ello, el TEAC afirma que, existiendo retroacción contable, aunque deba tomarse el valor teórico contable en la fecha de inscripción registral para el cálculo de la diferencia de fusión, este debe corregirse, eliminando los beneficios o pérdidas imputados a la sociedad absorbente en virtud de la retroacción contable.

La tesis del TEAC deja al descubierto una de las anomalías que hemos señalado derivadas de tomar la fecha de registro como fecha de referencia para el cálculo de la diferencia de fusión: la diferencia de fusión se ve afectada arbitrariamente en su cuantía por la evolución de los fondos propios de la entidad absorbida hasta ese momento, de tal manera que, aunque no exista retroacción contable, se traslada el beneficio o pérdida obtenido por la entidad absorbida a la absorbente en forma de una menor o mayor diferencia de fusión, respectivamente <sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Consultas V1544/2009, de 26 de junio (NFC032950) y V1362/2009, de 9 de junio (NFC033680); Resolución del TEAC de 27 de octubre de 2006 [R.G. 1383/2004 (NFJ024850)].

<sup>22</sup> En el supuesto planteado en la Consulta V0511/2010, de 17 de marzo (NFC037663), se produce la situación anómala a la que nos referimos, en relación con la composición de la diferencia de fusión. En particular, en esta consulta, 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 produce un incremento artificial del fondo de comercio, al resultarle asignable un mayor importe de la diferencia de fusión.

<sup>23</sup> En caso de beneficios, una distribución de estos en forma de dividendos previa a la fusión podría evitar que la diferencia de fusión se viera disminuida por estos.

### 3.4. Requisitos para que la imputación de la diferencia de fusión establecida en el artículo 89.3 del TRLIS tenga efectos fiscales

El artículo 89.3 del TRLIS condiciona los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la deducibilidad fiscal de la amortización del fondo de comercio de fusión a la concurrencia de una serie de requisitos:

- a) Que la participación previa de la entidad adquirente (absorbente) en la entidad transmitente (absorbida) sea igual o superior al 5 por 100.
- b) Que, en caso de que la participación en la entidad transmitente (absorbida) hubiere sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, se cumplan determinados requisitos respecto de la tributación de la transmisión o transmisiones previas de dicha participación <sup>24</sup>.
- c) Que la entidad adquirente (absorbente) y la entidad de la que esta hubiera adquirido su participación en la entidad absorbida no formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

#### 3.4.1. La participación previa de al menos un 5 por 100

La norma exige una participación previa de la entidad adquirente en la transmitente de al menos un 5 por 100. Así, por ejemplo, en el supuesto de una fusión inversa no se generará fondo de comercio a efectos del artículo 89.3 del TRLIS, al no contar la entidad absorbente con participación en la entidad absorbida <sup>25</sup> (sin perjuicio de que contablemente sí pueda generarse un fondo de comercio de fusión).

La exigencia de este porcentaje de participación mínimo coincide con el requisito establecido en los artículos 30.2 y 30.5 del TRLIS para la aplicación de la deducción por doble imposición interna sobre dividendos (en su modalidad total) y plusvalías, lo que viene a ser un elemento más que evidencia la idea subyacente en el legislador de que el régimen del artículo 89.3 del TRLIS es un mecanismo de corrección de la doble imposición interna.

Al margen de esta consideración, a nuestro juicio no parece justificada la exigencia de este umbral mínimo para la corrección de la doble imposición (ni en el marco del art. 89.3 TRLIS <sup>26</sup> ni en el marco de los arts. 30.2 y 30.5 TRLIS).

<sup>24</sup> Es reseñable que este requisito no existe en el correlato del artículo 89 del TRLIS de las Normas Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

<sup>25</sup> Consulta V1571/2009, de 30 de junio (NFC033765).

<sup>26</sup> En igual sentido se manifiesta GUERREIRO ANTOLÍN, quien entiende que requerir un umbral mínimo del 5 por 100 para que se den los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la generación del fondo de comercio es «contrario al espíritu y finalidad de la norma», por lo que debería rechazarse, siendo más razonable considerar que estos efectos fiscales «deberían reconocerse por lo menos en aquellos importes en que se hubiera producido una integración de renta». GUERREIRO ANTOLÍN, Luis: «El fondo de comercio: un concepto controvertido. Aspectos Fiscales», *Revista española de capital riesgo*, n.º 1/2009.

### 3.4.2. Condiciones aplicables cuando la participación se adquirió de una persona física o un no residente

En caso de que la participación en la entidad transmitente (absorbida) hubiere sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español (o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades), los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la generación de un fondo de comercio deducible en los términos previstos del artículo 89.3 del TRLIS quedarán condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos:

#### **a) Participación adquirida a personas o entidades no residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades.**

En este caso, se exige, bien que (i) 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, bien que (ii) ese importe haya tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar el Impuesto sobre Sociedades, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio considerado como paraíso fiscal.

La referida tributación puede haberse dado en cualquier operación de transmisión de la participación (esto es, no tiene por qué tratarse de aquella por la cual la entidad absorbente se hace con la participación en la sociedad absorbida ni la transmisión inmediata anterior), con independencia de que el transmitente hubiera sido residente fiscal en España y la fecha en que hubiera tenido lugar [Consulta 1712/1999, de 30 de septiembre (NFC010275)].

Se ha criticado que la ley equipare a estos efectos la tributación en España a la tributación en otro Estado miembro de la Unión Europea, bajo el argumento de que, siendo la sociedad absorbente y la sociedad absorbida residentes en España (o teniendo la sociedad absorbida un establecimiento permanente en España, porque en otro caso no aplicaría normalmente el art. 89 TRLIS)<sup>27</sup>, la tributación se mantiene en el Estado de residencia del anterior titular de la participación en la sociedad transmitente, siendo el Estado fuente de las plusvalías latentes y fondo de comercio correspondientes (España) el que renuncia a hacer tributar tales plusvalías latentes y fondo de comercio en sede de la entidad absorbida y, además, permite la aplicación del artículo 89.3 del TRLIS sobre tales plusvalías latentes y fondo de comercio en sede de la entidad absorbente<sup>28</sup>.

Sin embargo, esta equiparación fue precisamente introducida por la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a requerimiento expreso de la Comisión, que había juzgado incompatible con el Derecho de la Unión una discriminación por razón de la residencia en

<sup>27</sup> Véase epígrafe 3.6 de este trabajo.

<sup>28</sup> SANZ GADEA, Eduardo: «Fusiones y operaciones asimiladas: aspectos internacionales», *Noticias de la Unión Europea*, 2004, n.º 239. SERRANO GUTIÉRREZ, Ángel: «La reforma del artículo 103.3 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, según la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social». *Fiscal mes a mes*, n.º 73.

otro Estado miembro a estos efectos. Por otro lado, no parece que en el contexto de la corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones pueda resultar de aplicación práctica el principio general de tributación en el Estado de la fuente, pues parecería ciertamente difícil de aplicar un sistema que operara sobre las rentas obtenidas por los socios que han transmitido participaciones a lo largo de toda la vida de la sociedad absorbida, en vez de sobre las rentas de esta última.

### **b) Participación adquirida a personas físicas residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades.**

Si la participación se adquirió de personas físicas residentes en España, la norma establece que deberá probarse que la ganancia patrimonial obtenida por tales personas físicas se ha integrado en la base imponible de su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF»).

Es reseñable que, en contraste con lo requerido en el caso de que la participación haya sido adquirida a no residentes, en este caso (i) la norma parece tener únicamente en cuenta lo acaecido respecto de la última transmisión de la participación (aquella en la que intervino la persona física residente), ignorando (para bien o para mal) la tributación que haya podido tener lugar respecto de transmisiones anteriores, y sin requerir que la ganancia patrimonial obtenida se corresponda con la diferencia de fusión; y (ii) se hace referencia explícita a la necesidad de que el contribuyente pruebe la tributación requerida por la norma <sup>29</sup>.

#### 3.4.2.1. Sentido y alcance de las condiciones aplicables en el caso de adquisición de la participación a no residentes o personas físicas residentes

Resulta evidente que las condiciones descritas van encaminadas a vincular los efectos fiscales 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, lo cual parecería coherente con su configuración como mecanismo para corregir la doble imposición.

Sin embargo, resulta llamativo que cuando la participación se ha adquirido de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades no se exija condición alguna respecto de la tributación del transmitente o de los anteriores titulares de la participación. Tributación que puede no haber existido o haber sido mínima, ya sea en aplicación de alguna exención (como ocurriría en caso de participaciones en entidades no residentes, en las condiciones establecidas en el art. 21 TRLIS) o bajo algún régimen especial (piénsese en el caso de entidades de capital riesgo o instituciones de inversión colectiva, por ejemplo), o porque no se hayan puesto de manifiesto plusvalías en la última transmisión de la participación (la realizada por el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades) pero sí en anteriores transmisiones, que, de hecho, pudieron realizarse por no residentes o personas físicas sin tributar o con tributación reducida.

<sup>29</sup> Si bien, en el caso de participaciones adquiridas a no residentes, el artículo 89.3 a) 1.º también exige explícitamente prueba en el caso de tributación en otro Estado de la Unión Europea; y 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 de la Ley del Impuesto».

Por ello, requerir tributación en el transmitente o anteriores titulares cuando las participaciones se adquieren a no residentes o personas físicas residentes y no hacerlo respecto de adquisiciones a sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades nos parece poco justificable. Especialmente en el caso de adquisiciones a personas físicas residentes, puesto que estas, al igual que los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades están sujetas por obligación personal a tributación en España, sin que por otra parte en el IRPF existan exenciones totales que puedan hacer que la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación no tribute.

Esta diferencia de trato es especialmente acusada bajo la interpretación de la DGT, que no se limita a exigir prueba de que el transmitente persona física ha declarado en su IRPF la ganancia patrimonial, en su caso, obtenida, sino que va más allá, al entender (i) que tal ganancia patrimonial debe alcanzar, al menos, el importe de la diferencia de fusión proporcional a la participación que corresponda, y (ii) que, en el supuesto de que sean de aplicación los coeficientes reductores previstos en la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF, estos limitarán los efectos fiscales de la diferencia de fusión.

Así, bajo el criterio de la DGT, si la ganancia patrimonial obtenida por un sujeto pasivo del IRPF es inferior a la diferencia de fusión correspondiente a la participación que hubiera transmitido, esta diferencia de fusión únicamente tendrá efectos fiscales en la cuantía de la ganancia patrimonial obtenida. Si además son de aplicación los coeficientes reductores previstos en la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF, solo la proporción de la ganancia patrimonial que subsista tras la aplicación de tales coeficientes tendrá efectos fiscales.

Más aún, según la DGT, incluso en el supuesto de que la ganancia patrimonial obtenida por el sujeto pasivo del IRPF hubiera sido 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 Ley del IRPF limitarán en todo caso los efectos fiscales de esa diferencia de fusión (a pesar de que la ganancia patrimonial que subsista tras la aplicación de los coeficientes pueda ser superior a la diferencia de fusión), de forma que *igualmente dicha diferencia tendrá efectos fiscales en la misma proporción en que la parte de la ganancia patrimonial correspondiente a esa diferencia se ha [ya] integrado en la base imponible del IRPF por aplicación, en su caso, de los coeficientes reductores establecidos en la normativa del IRPF* [Consultas V1623/2009 (NFC034622) y V1624/2009 (NFC034629), de 9 de julio, y V1735/2010 (NFC039029), de 28 de julio].

Finalmente, también resulta criticable la diferencia que establece la ley entre el supuesto de que la participación se hubiera adquirido a personas físicas residentes y el supuesto en que se hubiera adquirido a no residentes, por cuanto en este último caso prevé expresamente que pueda probarse la tributación respecto de cualquier transmisión de la participación (esto es, no necesariamente respecto de la transmisión mediante la cual la entidad absorbente haya adquirido la participación previa en la absorbida, sino respecto de cualquier otra anterior). Diferencia de trato que colocaría en una peor posición a las adquisiciones realizadas a personas físicas residentes, lo cual parece injustificable y contrario a la finalidad correctora de la doble imposición de la norma. Una interpretación acorde con dicha finalidad debiera permitir la acreditación de la existencia de tributación en cualquier transmisión de la participación en todos los casos, como ocurre, por otra parte, en el contexto de la deducción por doble imposición interna por dividendos, a efectos de lo previsto en el artículo 30.4 e) del TRLIS.

### 3.4.2.2. La prueba

Como se ha indicado, el artículo 89.3 del TRLIS atribuye explícitamente al sujeto pasivo la carga de la prueba de (i) la integración de la ganancia patrimonial obtenida en la base imponible del IRPF, en caso de participaciones previas adquiridas a personas físicas residentes y (ii) la tributación efectiva en otro Estado de la Unión Europea, en caso de participaciones previas adquiridas a no residentes. Carga de la prueba que el artículo 45 del RIS parece extralegalmente atribuir al sujeto pasivo en todo caso, esto es, también cuando la participación previa se haya adquirido de un no residente y se haya producido tributación en España con ocasión de cualquier transmisión de la participación<sup>30</sup>.

En nuestra opinión no parece razonable exigir al sujeto pasivo la prueba de circunstancias que la Administración conoce o tiene los medios para conocer y que para el sujeto pasivo pueden ser difíciles o imposibles de acreditar, como es el caso de la tributación en España de anteriores transmisiones de las participaciones o la integración en la base imponible del IRPF de la ganancia obtenida por el anterior titular de las participaciones<sup>31</sup>. A estos efectos conviene tener presente lo establecido en los artículos 105.2 de la LGT, según el cual «los obligados tributarios cumplirán su deber de probar si designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración tributaria» y 35 F) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que los ciudadanos tienen derecho a «no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante».

Este criterio ha sido avalado recientemente por la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de marzo de 2010 [rec. 536/2006 (NFJ037825)], sentencia que, aunque referida a la obligación de prueba establecida por el artículo 30.4 e) del TRLIS, entendemos plenamente aplicable en el ámbito del artículo 89.3 del TRLIS. Según la Audiencia Nacional, «no cabe que la Inspección solicite información que ya consta en sus archivos (...). Y menos, que no haciendo uso del acceso a la información a la que solo [ella]

<sup>30</sup> 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 de la Ley del Impuesto».

<sup>31</sup> La DGT, por el contrario, se ha mostrado tradicionalmente muy formalista en cuanto a la exigencia de la carga de la prueba al sujeto pasivo en este contexto, rehusando precisar qué medios serían suficientes para darla por cumplida. Así, por todas, puede citarse la Consulta V1735/2010, de 28 de julio (NFC039029): «Por lo que se refiere a la justificación por parte de la entidad consultante de que la ganancia patrimonial de los socios se ha integrado en su base imponible, esta es una cuestión de hecho que deberá acreditarse por cualquier medio admitido en Derecho, por lo que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en materia de prueba en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En particular, habrá que estar a lo señalado en su artículo 106.1, el cual establece que "en los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa" y en el artículo 105.uno, que en relación con la carga de la prueba establece que "en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo". En cuanto a la valoración de las pruebas, hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de valoración libre y conjunta de todas las pruebas aportadas, quedando descartado como principio general el sistema de prueba legal o tasada. En consecuencia con todo lo anterior, este Centro Directivo no puede especificar cuáles son los medios más idóneos para acreditar la integración de la ganancia patrimonial en la base imponible de los socios ya que no están contemplados de forma explícita en la Ley del Impuesto ni en las normas dictadas en su desarrollo. Será el interesado quien habrá de presentar, en cada caso, los medios de prueba que, conforme a derecho, sirvan para justificar dicha integración, los cuales serán valorados por la Administración tributaria competente en materia de comprobación».

puede acceder, se permita considerar no probado lo que solo ella conoce o puede conocer, pues (...) todos los medios están a su alcance».

### 3.4.2.3. Supuestos de ausencia de tributación por aplicación del Régimen de Neutralidad a la operación que dio lugar a la adquisición de las participaciones previas

La norma no contiene una previsión específica para los supuestos en 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 hubiera acogido al Régimen de Neutralidad.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto, nada extraño en la práctica, de que mediante un canje de valores acogido al Régimen de Neutralidad una persona física hubiera aportado sus participaciones en una entidad a otra entidad que posteriormente absorbe a la anterior. En este 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 fecha de adquisición de estas últimas<sup>32</sup>. La doble imposición se diferiría, pero se podría poner de manifiesto cuando en una ulterior operación el anterior titular de las participaciones (en nuestro ejemplo, la persona física) transmitiera sus participaciones en la sociedad absorbente, materializando en ese momento la renta que quedó diferida en el momento del canje.

En nuestra opinión, para evitar que en estos supuestos se produzca una doble imposición contraria al espíritu y finalidad de la norma, debiera 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 puede verificarse en cualquier momento anterior o posterior a la fusión.

De esta forma, volviendo a nuestro ejemplo, una vez que el socio persona física hubiera transmitido sus participaciones en la sociedad absorbente, tributando en ese momento por la renta diferida en virtud del Régimen de Neutralidad aplicado al canje de valores, debieran reconocerse en sede de la entidad absorbente los efectos fiscales previstos 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.

### 3.4.3. *La no pertenencia a un mismo grupo de la entidad adquirente y la entidad que le transmitió su participación en la entidad transmitente*

A los requisitos anteriores, el apartado b) del artículo 89.3 del TRLIS añade uno más<sup>33</sup>: que la entidad absorbente y aquella que le hubiera transmitido su participación en la entidad absorbida no formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Cód-

<sup>32</sup> El TEAC, en Resolución de 9 de octubre de 2008 (NFJ030881), analiza un caso análogo, confirmando que si las participaciones previas en la entidad absorbida fueron adquiridas mediante una aportación acogida al Régimen de Neutralidad, el valor de referencia para determinar la diferencia de fusión a efectos del artículo 89.3 del TRLIS no es el declarado en la aportación, sino el coste de adquisición fiscal de las acciones aportadas.

<sup>33</sup> En línea con lo exigido en los artículos 11.4, 12.6 y 12.7 del TRLIS respecto de la amortización del inmovilizado intangible.

go de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Como ha puesto de manifiesto SANZ GADEA<sup>34</sup>, este requisito tiene un fundamento técnico discutible, y solo puede comprenderse como una cautela que trata de evitar el traspaso de resultados entre entidades del mismo grupo mercantil, aunque para tal finalidad ya existen las normas sobre operaciones vinculadas. Desde luego, no parece relevante para la existencia o no de la doble imposición que el artículo 89.3 del TRLIS pretende corregir el hecho de que la entidad transmitente de la participación forme o no parte del grupo de la adquirente, sino si ha tributado o no por las plusvalías latentes y fondo de comercio implícitos en su participación.

En todo caso, la norma flexibiliza en alguna medida este requisito, al prever que «no se aplicará respecto del precio de adquisición de la participación satisfecho por la persona o entidad transmitente cuando, a su vez, la hubiese adquirido de personas o entidades no vinculadas residentes en territorio español». A este respecto interesa realizar dos observaciones.

En primer lugar, la referencia a entidades no vinculadas entendemos que debiera interpretarse realizada a entidades que no formen parte del grupo. Es decir, en caso de que la entidad absorbente hubiera adquirido a una entidad de su grupo su participación en la entidad absorbida, los efectos fiscales de la diferencia de fusión deberían reconocerse respecto del precio por el cual esa entidad del grupo hubiera adquirido, a su vez, la participación a una entidad ajena al grupo, aunque fuera vinculada, pues no tiene sentido que no pueda evitarse una restricción que solo opera para adquisiciones intragrupo (y no para adquisiciones a entidades vinculadas) cuando ha existido una previa adquisición a una entidad vinculada que no forme parte del grupo.

En segundo lugar, no parece ajustarse al espíritu y finalidad del artículo 89.3 del TRLIS como mecanismo para la corrección de la doble imposición el que la excepción a la restricción indicada se refiera solo a entidades ajenas al grupo residentes en territorio español de las que la entidad del grupo hubiera adquirido previamente la participación, cuando lo cierto es que (i) una entidad no residente podría también haber tributado en España o en la Unión Europea, como el propio artículo 89.3 del TRLIS reconoce y admite a efectos de lo dispuesto en su párrafo a)<sup>35</sup>; y (ii) el no residente ajeno al grupo pudo incluso haber adquirido a su vez la participación a un residente también ajeno al grupo. De hecho, en cuanto a esta segunda circunstancia, la propia DGT ha admitido, en Consultas V2243/2009, de 7 de octubre (NFC035987) y V2600/2009 (NFC036976), de 24 de noviembre, que teniendo en cuenta «cuál es la razón de ser de la existencia de esta restricción, que no es otra que evitar la deducibilidad de la diferencia de fusión que se ponga de manifiesto por transmisiones realizadas dentro del grupo (...) parece lógico pensar que, en la medida en que dicha adquisición se ha realizado a persona o entidades no vinculadas residentes en territorio español, aunque de forma indirecta, por cuanto han existido varias

<sup>34</sup> En el contexto del artículo 11.4 del TRLIS. SANZ GADEA, Eduardo: *Impuesto sobre Sociedades (I)*, Centro de Estudios Financieros, 2004.

<sup>35</sup> En este sentido, podría incluso interpretarse que el requisito de que la adquisición previa no se haya realizado a una entidad del grupo solo opera cuando esta, a su vez, haya adquirido la participación de una entidad residente o no la haya adquirido de nadie, puesto que para adquisiciones anteriores a no residentes o personas físicas ya jugaría la restricción prevista en el artículo 89.3 a) 1.º del TRLIS (participaciones adquiridas de entidades vinculadas que, a su vez, hayan adquirido la participación de entidades no residentes o personas físicas).

transmisiones intermedias entre entidades no residentes, será posible aplicar la excepción a la aplicación de la restricción prevista en la citada letra b) del artículo 89.3 del TRLIS, de manera que aquella parte del precio de adquisición satisfecho a terceros ajenos al grupo quedará excluida de la restricción prevista en el citado precepto».

Finalmente, la norma establece que cuando no se cumpla el requisito previsto en el apartado b) del artículo 89.3 del TRLIS, pero sí se cumpla el resto de los requisitos de este precepto, las dotaciones para la amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios serán deducibles si se prueba que responden a una *depreciación irreversible*. Se trata de una previsión poco o nada clara en cuanto a su alcance y sentido:

- a) En primer lugar, porque la amortización, como expresión contable de la depreciación experimentada por el inmovilizado material, inversiones inmobiliarias o inmovilizado intangible de vida útil definida, es, con carácter general, irreversible <sup>36</sup>, con lo que no se entiende qué quiere decir la norma al exigir que la amortización responda a una depreciación irreversible.
- b) En segundo lugar, porque al referirse el precepto a las «dotaciones para la amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios», pareciera incluir la amortización del fondo de comercio (pues este forma parte de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios), cuando desde 2008, con la entrada en vigor del actual PGC, el fondo de comercio no es amortizable contablemente. A estos efectos debe tenerse en cuenta que antes de la entrada en vigor del actual PGC se exigía para la deducibilidad fiscal del fondo de comercio del artículo 89.3 del TRLIS la contabilización de la dotación a la amortización del fondo de comercio en un importe igual o superior al deducible fiscalmente. Desde 2008 este no es el caso, por lo que a nuestro juicio debió haberse modificado la redacción del párrafo comentado en consecuencia, de forma que no hubiera dudas respecto de su aplicabilidad al fondo de comercio deducible fiscalmente en veinteavas partes.
- c) Finalmente, porque las pérdidas irreversibles cuya deducibilidad el legislador ha querido permitir no tienen por qué darse necesariamente como consecuencia de la amortización de los elementos adquiridos, sino que también podrían manifestarse como consecuencia de su enajenación o deterioro irreversible (de hecho, en el caso de intangibles de vida útil indefinida, no habrá lugar a la amortización sino, en su caso, al deterioro). Por ello, entendemos que debiera admitirse la deducibilidad de toda pérdida irreversible, con independencia del supuesto que la desencadene.

### 3.5. La necesidad de dotar una reserva para la deducción del fondo de comercio de fusión del artículo 89.3 del TRLIS

Según establece el artículo 12.6 del TRLIS, para la deducibilidad fiscal anual de la veinteava parte del precio de adquisición originario del fondo de comercio prevista en este precepto se requiere, entre otros requisitos, que se haya dotado una reserva indisponible, al menos, por el importe fis-

<sup>36</sup> NRV 2.ª 2.1 del PGC. En el mismo sentido, SERRANO GUTIÉRREZ, Ángel, *op. cit.*

calmente deducible, en los términos establecidos en la legislación mercantil. Caso de no poderse dotar dicha reserva, la deducción está condicionada a que se dote la misma con cargo a los primeros beneficios de ejercicios siguientes.

Por su parte, el artículo 273.4 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital («**TRLSC**»), establece que deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.

La DGT [entre otras, Consultas V1227/2010, de 2 de junio (NFC038580), V2253/2009, de 8 de octubre (NFC035962) y V1544/2009, de 26 de junio (NFC032950)] viene manteniendo que aquellos requisitos que no están específicamente regulados en el artículo 89 del TRLIS y sí en el artículo 12.6 del TRLIS deben hacerse extensibles al fondo de comercio regulado en el artículo 89 del TRLIS. En consecuencia, para la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio de fusión prevista en el artículo 89 del TRLIS, la DGT considera necesario que se dote una reserva indisponible en los términos establecidos en el artículo 12.6 del TRLIS.

A nuestro juicio no debiera extenderse la aplicación de los requisitos del artículo 12.6 del TRLIS al fondo de comercio del artículo 89 del TRLIS, toda vez que la ley no prevé expresamente esa extensión y que el fondo de comercio del artículo 89 del TRLIS difiere sustancialmente del fondo de comercio del artículo 12.6 en cuanto a su finalidad y contexto. De hecho, como hemos visto, el fondo de comercio del artículo 89.3 es una magnitud puramente fiscal, que tiene como fundamento y finalidad la corrección de la doble imposición, mientras que el fondo de comercio del artículo 12.6 del TRLIS se corresponde sustancialmente (con las especialidades fiscales que correspondan en cada caso) con el que deba reconocerse desde un punto de vista contable o económico en operaciones no acogidas al diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad.

Dejando al margen lo anterior, y partiendo del criterio de la DGT según el cual para la deducibilidad del fondo de comercio del artículo 89.3 del TRLIS debe dotarse la reserva indisponible según lo establecido en el artículo 12.6 del TRLIS, se ha planteado qué impacto podría tener en la deducibilidad del fondo de comercio el que se produzca un deterioro de su valor contable. En estos casos, según la Consulta 3 del BOICAC 73/Marzo 2008 (NFC029541) del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, el cálculo del importe mínimo por el que deberá dotar la reserva indisponible a que se refiere el artículo 273 del TRLSC, cuando se haya producido una corrección valorativa por deterioro de valor del fondo de comercio, ha de realizarse en función del valor contable del fondo de comercio que aparece en el activo del balance (que estará corregido por las pérdidas de valor que se hayan contabilizado).

A estos efectos, la DGT entiende que el artículo 12.6 del TRLIS obliga a dotar una reserva indisponible, al menos por el importe fiscalmente deducible, que podrá ascender hasta la veinteaava parte del precio de adquisición originario del fondo de comercio, aunque se haya producido una corrección valorativa del valor contable del fondo de comercio, con lo que la base sobre la que se determina la dotación a la reserva indisponible a efectos del artículo 12.6 del TRLIS permanecerá invariable y será superior en estos casos a la establecida en el artículo 273 del TRLSC.

En definitiva, la DGT considera que la norma fiscal establece un límite máximo de deducción, mientras que la norma contable regula un importe mínimo de dotación de la reserva indisponible. Si la dotación contable de la reserva indisponible se corresponde con el importe mínimo que regula la norma mercantil, inferior al límite máximo establecido a efectos fiscales, la cantidad deducible para determinar la base imponible del periodo impositivo se corresponderá con la dotación contable a dicha reserva. Si se quiere alcanzar el importe máximo de deducción, se deberá dotar una reserva mayor, que equivalga al importe de ese máximo.

A nuestro juicio, podría entenderse que la exigencia del artículo 12.6 del TRLIS (caso de considerarse aplicable al fondo de comercio del art. 89.3 TRLIS) de dotar la reserva indisponible al menos en el importe fiscalmente deducible está suficientemente cualificada por la precisión que realiza el propio artículo 12.6 del TRLIS en el sentido de que la dotación a la reserva debe realizarse «en los términos establecidos en la legislación mercantil», lo que permitiría concluir que en ningún caso sería necesario fiscalmente realizar una dotación superior a la exigida mercantilmente.

Únicamente cuando el fondo de comercio se ha deteriorado contablemente en su totalidad abandona la DGT su posición formalista, para concluir que en estos casos no será necesaria la dotación de reserva indisponible alguna para la aplicación de la deducción, puesto que la reserva indisponible habrá pasado a ser disponible de acuerdo con los criterios mercantiles<sup>37</sup>, lo cual resulta paradójico.

### 3.6. El fondo de comercio del artículo 89.3 del TRLIS en fusiones transnacionales

Corresponde en este epígrafe hacer una breve reflexión sobre los efectos fiscales de la diferencia de fusión cuando la entidad transmitente no reside en España. En todo caso, consideraremos que la entidad adquirente sí reside o está establecida en España, puesto que de lo contrario, no siendo sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades ni tratándose de un establecimiento permanente en España (que podría constituirse incluso como consecuencia de la propia fusión), los efectos fiscales de la diferencia de fusión (y por tanto, los mecanismos para corregir la doble imposición) deberían determinarse, en su caso, bajo las reglas del impuesto equivalente de su Estado de residencia, no bajo el TRLIS.

Siendo la sociedad transmitente no residente en España, no entrarán en juego las reglas contenidas en los artículos 84.1 y 85.1 del TRLIS salvo que se transmita un establecimiento permanente situado en territorio español [art. 84.1 c) TRLIS]<sup>38</sup>. Esto significa que, no siendo de aplicación el régimen de diferimiento derivado de dichas reglas, la sociedad adquirente recibirá los bienes y derechos adquiridos por el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado, lo que incluye, en su caso, el fondo de comercio puesto de manifiesto en la operación. No se aplicará, por tanto, lo

<sup>37</sup> Consultas V1544/2009, de 26 de junio (NFC032950), V1596/2009, de 6 de julio (NFC034624) y V2253/2009, de 8 de octubre (NFC035962).

<sup>38</sup> Sin embargo, téngase en cuenta que la DGT ha admitido recientemente [Consulta V1737/2010, de 28 de julio (NFC039039)] la aplicación del diferimiento a una fusión entre dos sociedades residentes en Luxemburgo acogida al Régimen de Neutralidad, en la que la sociedad absorbida transmitía a la absorbente una participación del 54 por 100 en una sociedad residente en España, a pesar de que, como la propia consulta reconoce, la renta diferida no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 84 del TRLIS.

dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS, que está condicionado a la aplicación del régimen de diferimiento del artículo 84 del TRLIS, sin que de ello quepa concluir la inexistencia de doble imposición.

De hecho, esa doble imposición podrá darse incluso en España si la entidad absorbida transmite activos situados en el territorio nacional y la entidad absorbente tributa en España con motivo de la anulación de su participación en la entidad absorbida, o bien han tributado en España los anteriores titulares de la participación con ocasión de su transmisión.

Aunque en el caso de la anulación de la participación de la entidad absorbente en la entidad absorbida la doble imposición podría corregirse o mitigarse en virtud de los mecanismos establecidos en los artículos 89.1 del TRLIS y 30.3 del TRLIS, no ocurrirá lo mismo cuando la tributación se ha producido en cabeza de anteriores titulares de la participación con ocasión de su transmisión, como se examinará en el epígrafe siguiente, al no poder activarse el mecanismo previsto en el artículo 89.3 del TRLIS en ausencia de diferimiento.

#### **4. LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LA DEDUCIBILIDAD DEL FONDO DE COMERCIO PUESTO DE MANIFIESTO EN FUSIONES Y ESCISIONES A LAS QUE NO HAYA SIDO DE APLICACIÓN EL DIFERIMIENTO PREVISTO EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD**

En ausencia del diferimiento previsto en el Régimen de Neutralidad (bien porque no sea aplicable, bien porque se renuncie a él, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 84.2 TRLIS), la sociedad absorbida tendrá que tributar con ocasión de la fusión, integrando en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los activos que transmita a la sociedad absorbente, según lo establecido en el artículo 15.3 del TRLIS.

La entidad adquirente, por su parte, valorará los elementos adquiridos (incluyendo el fondo de comercio que se ponga de manifiesto, en su caso) por su valor normal de mercado <sup>39</sup> (o por el valor convenido entre las partes, con el límite del valor normal de mercado, según el art. 85.2 TRLIS) <sup>40</sup> y, si tiene participaciones previas en la entidad absorbida, tendrá que tributar por la diferencia entre el valor normal de mercado de los activos adquiridos y el valor contable de la participación anulada (art. 15.7 TRLIS), pudiendo aplicar en ese caso la deducción por doble imposición interna prevista

<sup>39</sup> Obsérvese que la valoración resultante de la aplicación del artículo 15 del TRLIS puede no coincidir con la contable (por ejemplo, este será el caso cuando la entidad adquirente a efectos contables no se corresponda con la entidad adquirente a efectos legales, o cuando no se registre el patrimonio adquirido por su valor razonable, como puede ocurrir en las operaciones intragrupo, entre otros supuestos). Esto motivará que se deban realizar los ajustes que procedan en virtud del artículo 18 del TRLIS, en función del tipo de activo, incluido el fondo de comercio, incluso si este no se ha contabilizado [Consulta V2752/2009, de 11 de diciembre (NFC036901)].

<sup>40</sup> La aplicación de la regla establecida por este artículo 85.2 del TRLIS puede dar lugar a distorsiones y situaciones de sobreimposición, toda vez que el valor convenido por las partes puede diferir del valor de mercado en el momento de la transmisión, que es sobre el que la entidad transmitente tributará según el artículo 15.3 del TRLIS. Por ello, entendemos que siendo la entidad transmitente sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, la regla del artículo 85.2 del TRLIS debe ceder frente a las reglas de valoración que se deducen del juego de los artículos 15 y 18 del TRLIS. En este sentido, entre otros, MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo, *op. cit.*; y LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio: «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 1996.

en el artículo 30.3 del TRLIS al 50 por 100 o al 100 por 100, en función de que la participación anudada en la entidad transmitente sea inferior o al menos del 5 por 100, respectivamente.

Sin embargo, no se prevé ningún mecanismo para corregir la doble imposición que pueda darse cuando la tributación sobre las participaciones de la sociedad absorbente en la sociedad absorbida no se ha producido con ocasión de su anulación, sino en transmisiones de participaciones anteriores a la fusión. En efecto, en estos casos, por un lado los anteriores titulares de las participaciones pueden haber tributado por las plusvalías latentes y fondo de comercio de la sociedad absorbida atribuibles a su participación con ocasión de la transmisión de esta y, por otro, la sociedad absorbida tributará por esas plusvalías latentes y fondo de comercio ex artículo 15.3 del TRLIS como consecuencia de la fusión.

Esta doble imposición, como decimos, no se corrige en nuestro sistema, lo cual no es justificable, por lo que a nuestro juicio se hace necesario una modificación legislativa sobre este particular, de forma que se reconozca un crédito o deducción para evitar esta doble imposición en la sociedad absorbida o en la sociedad absorbente, cuando los anteriores titulares de las participaciones hayan tributado con ocasión de su transmisión.

Por otra parte, el fondo de comercio fiscal que, en su caso, se ponga de manifiesto como consecuencia de una operación de fusión, escisión, aportación de negocio o cesión global de activo y pasivo no acogida al Régimen de Neutralidad, será deducible en las condiciones y con los requisitos generales establecidos en el artículo 12.6 del TRLIS.

A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el fondo de comercio no será deducible cuando la entidad adquirente y la transmitente formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio <sup>41</sup>. Precisamente el incumplimiento de este requisito ha llevado a la DGT a rechazar la posibilidad de deducir el fondo de comercio puesto de manifiesto en una fusión por absorción de una sociedad por parte de su matriz no acogida al Régimen de Neutralidad [V0756/2010, de 20 de abril (NFC037948)] o en una cesión global de activo y pasivo entre dos entidades de un mismo grupo [V1631/2009, de 9 de julio (NFC034517)], dándolo por cumplido, en cambio, en una escisión total no acogida al Régimen de Neutralidad que da lugar a un fondo de comercio en sede de las entidades beneficiarias [V2752/2009, de 11 de diciembre (NFC036901)].

## 5. REFLEXIONES FINALES

Teniendo en cuenta que el buen funcionamiento del sistema de corrección de la doble imposición es fundamental para que las fusiones y escisiones puedan realizarse de manera eficiente, no se entiende que el legislador no haya puesto más empeño en proveer al mercado de una regulación

<sup>41</sup> Con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Si ambas entidades forman parte de un grupo, la deducción se aplicará respecto del precio de adquisición del fondo de comercio satisfecho por la entidad transmitente cuando lo hubiera adquirido a personas o entidades vinculadas. Véanse, *mutatis mutandis*, los comentarios realizados en el epígrafe 3.4.3 anterior.

exenta de las incertidumbres y desajustes técnicos que aquejan a la actual. Prueba de ello es que la regulación del fondo de comercio deducible en el Régimen de Neutralidad prácticamente no ha sido objeto de ninguna modificación sustancial desde su redacción inicial en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Como se ha visto en los epígrafes anteriores, en ocasiones la doctrina administrativa y jurisprudencial ha venido a corregir algunas de las deficiencias de la regulación, pero en muchos otros casos no ha podido hacerlo, acrecentándose muchas de ellas con la última reforma contable.

En consecuencia, se hace necesaria una reforma de la actual normativa para simplificarla y dotarla de mayor claridad y menor cicatería, eliminando o reduciendo requisitos no justificables técnicamente (como por ejemplo los porcentajes mínimos de participación para activar los mecanismos de los arts. 89.1 y 89.3 TRLIS) y haciendo un esfuerzo para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado.

A este respecto, además de otras cuestiones comentadas en los epígrafes anteriores, nos parece especialmente importante evitar la incertidumbre que provoca la necesidad de probar en determinados casos la tributación de anteriores titulares de la participación de la sociedad transmitente. En aquellos casos en que sea necesario acreditar esta tributación (y lo deseable es que no lo fuera, al menos, en el caso de residentes en España), quizá podría facilitarse esta tarea desde la propia Administración con carácter consultivo y previo a la operación que se desee realizar, pues, como ha afirmado la Audiencia Nacional, esta tiene todos los medios a su alcance para verificar si ha existido o no tributación en España.

Con todo ello, y haciendo de la corrección efectiva de la doble imposición y, subsidiariamente, de evitar discrepancias innecesarias con la contabilidad, objetivos y criterios interpretativos básicos de la regulación, se trataría, en definitiva, de eliminar dificultades y obstáculos no justificados para la realización de estas operaciones, y con ello facilitar la dinamización de nuestra Economía y retomar el espíritu de neutralidad fiscal que no deja de ser la piedra angular sobre la que se construyó el Régimen Especial.