

REVISIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS REESTRUCTURACIONES: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

EDUARDO GRACIA ESPINAR

Socio Director del Departamento de Derecho Tributario de Ashurst en Madrid

LORENA VIÑAS RUEDA

Abogada del Departamento de Derecho Tributario de Ashurst en Madrid

Extracto:

EL presente artículo tiene por objeto poner de manifiesto aquellos aspectos de nuestra normativa fiscal relativos a las operaciones de reestructuración que, a nuestro juicio, sería conveniente que fueran objeto de modificación, ya sea para su adecuación a la reciente normativa mercantil en materia de reestructuraciones, para su adaptación al Derecho de la Unión Europea, o bien por meras razones de técnica tributaria.

Las propuestas de modificación que comentamos se refieren no únicamente a los textos legales, sino también a los criterios interpretativos mantenidos por la Administración tributaria, ya sea la Dirección General de Tributos o los Tribunales Económico-Administrativos, en aplicación de las normas que regulan las operaciones de reestructuración.

Entendemos que estas modificaciones que proponemos son necesarias, al tiempo que convenientes, dado que la finalidad que se persigue con las mismas es facilitar que las empresas puedan llevar a cabo operaciones de reestructuración sin que la fiscalidad suponga un freno o un obstáculo para la consecución de las mismas, así como ganar en seguridad jurídica.

Palabras clave: reestructuraciones, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre Operaciones Societarias, Derecho de la Unión Europea y Fondo de Comercio.

REVIEW OF THE TAX REGIME FOR RESTRUCTURING TRANSACTIONS: PROPOSED AMENDMENTS

EDUARDO GRACIA ESPINAR

Partner Head of the Tax Department of Ashurst in Madrid

LORENA VIÑAS RUEDA

Lawyer of the Tax Department of Ashurst in Madrid

Abstract:

THE object of this article is to highlight various aspects of our tax regulations that are related to restructurings which, in our opinion, should be amended in order to conform to the recent commercial regulations concerning restructurings or to EU law, or simply for technical tax reasons.

The proposals for modification that we comment on do not only apply to the legal texts, but also to the criteria for interpretation maintained by the Tax Administration, being the Spanish Directorate of Taxes (*Dirección General de Tributos*) or the Economic Administrative Courts (*Tribunales Económico-Administrativos*), used in the application of the regulations which govern restructurings.

We believe that the amendments that we propose are necessary, as well as desirable, since the aim of such amendments is to help businesses restructure without the tax regime curbing or obstructing its achievement, as well as to achieve legal certainty.

Keywords: restructuring transactions, Corporate Income Tax, Capital Duty, EU Law and Goodwill.

Sumario

1. Introducción.
2. Propuestas de modificación que traen causa de la Ley 3/2009.
 - 2.1. Cesiones globales de activos y pasivos.
 - 2.2. Fusiones.
 - 2.3. Segregaciones.
 - 2.4. Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.
3. Propuestas de modificación que traen causa del Derecho de la Unión Europea.
 - 3.1. Canjes de valores: requisitos subjetivos.
 - 3.2. Escisiones parciales y aportaciones de ramas de actividad: exigencia de que haya ramas de actividad en origen.
 - 3.3. Formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.
4. Propuestas de modificación de carácter técnico.
 - 4.1. Amortización fiscal del fondo de comercio de fusión y de la revalorización de los activos adquiridos con la fusión.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar una serie de propuestas de modificación que, en nuestra opinión, deberían llevarse a cabo en la regulación fiscal de las operaciones de reestructuración y que hacen referencia tanto a modificaciones del propio texto legal como a modificaciones del criterio interpretativo mantenido por la Dirección General de Tributos (en adelante, «DGT») y por los Tribunales Económico-Administrativos.

Dichas propuestas de modificación tienen diferente razón de ser. En primer lugar, analizaremos una serie de propuestas que traen causa de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, «Ley 3/2009»), para posteriormente analizar otro bloque de propuestas que encuentran su razón de ser en el Derecho de la Unión Europea (en adelante, «UE») y, concretamente, en la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico respete la primacía de aquél, alineándose con sus disposiciones y jurisprudencia. Por último, también analizaremos otra propuesta de modificación que consideramos necesaria por razones de mera técnica tributaria.

2. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN QUE TRAEN CAUSA DE LA LEY 3/2009

La Ley 3/2009, cuya entrada en vigor tuvo lugar el pasado 4 de julio de 2009, esto es, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es una ley que ha venido a unificar y a ampliar el régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendidas, tal y como indica la propia exposición de motivos, como «aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a su estructura patrimonial o personal».

Pese al carácter eminentemente mercantil de la citada ley, su contenido trasciende en determinados aspectos, como no podía ser de otro modo, al ámbito fiscal, poniéndose de manifiesto la necesidad de armonizar las normas mercantil y fiscal en la regulación de las operaciones de reestructuración, tal y como se analiza en el presente artículo. De hecho, uno de los principales objetivos perseguidos por la Ley 3/2009, que es el de simplificar y agilizar las operaciones de reestructuración, puede llegar a quedar sin efecto si en el ámbito tributario no tienen lugar unas interpretaciones más flexibles por parte de la Administración tributaria o, incluso, una serie de modificaciones en los propios textos legales.

Como punto de partida, es importante tener presente que, en el ámbito de la imposición directa, no todas las operaciones de reestructuración que se contemplan en la Ley 3/2009 son, actualmente, susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad fiscal regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, «TRLIS»), ya que el ámbito de aplicación de este régimen fiscal especial (en tanto no se modifique el TRLIS) se ciñe a las operaciones

definidas en el artículo 83 del TRLIS (fusiones, escisiones, canjes de valores y aportaciones de ramas de actividad por personas jurídicas), así como en el artículo 94 del mismo texto legal (aportaciones no dinerarias de activos y aportaciones de ramas de actividad efectuadas por personas físicas).

El Legislador español debe concienciarse de la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación del citado régimen de neutralidad fiscal con la finalidad de englobar otras operaciones que al amparo de la legislación mercantil sí tienen la consideración de operaciones de reestructuración. Para ello baste recordar que aunque dichas operaciones no estén previstas en la Directiva 2009/133/CE¹ (en adelante, «Directiva de Fusiones»), la ley española puede ir más lejos, como ya ha hecho con las aportaciones no dinerarias especiales del artículo 94 del TRLIS, las escisiones parciales financieras del artículo 83.2.1.º c) del TRLIS o con las escisiones no proporcionales del artículo 83.2.2.º del TRLIS.

En cuanto al ámbito de la imposición indirecta, ha de tenerse asimismo presente que, pese a que todas las operaciones de modificación estructural reguladas en la Ley 3/2009 son operaciones de reestructuración, no todas ellas pueden acogerse a la no sujeción prevista en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias para las operaciones de reestructuración, debiendo algunas de ellas, en consecuencia, tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias, como es el caso, por ejemplo, de determinadas cesiones globales de activos y pasivos.

Las propuestas de modificación que vamos a analizar en los apartados siguientes hacen referencia a una serie de operaciones respecto de las que claramente se pone de manifiesto, bien la necesidad de modificar la legislación tributaria, o bien una necesidad de cambio en el criterio interpretativo mantenido por la Administración para que se lleguen a adoptar interpretaciones más flexibles y así lograr la mencionada armonización entre las normas mercantil y fiscal. Dichas operaciones son las siguientes:

a) Cesiones globales de activos y pasivos:

- Cesión global en favor del socio único.
- Cesión global en favor de varios socios.
- Cesión global en favor de terceros.

b) Fusiones:

- Fusiones de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente.
- Fusiones simplificadas.
- Fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).

¹ Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE de 25 de noviembre de 2009) (Se trata de una versión codificada de la Directiva 90/434/CEE, a la cual ha derogado, que está en vigor desde el 15 de diciembre de 2009, de manera que todas las referencias a la directiva derogada se entenderán hechas a la presente directiva).

- c) Segregaciones.
- d) Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.

2.1. Cesiones globales de activos y pasivos.

Las cesiones globales de activos y pasivos constituyen un nuevo supuesto de modificación estructural regulado en la Ley 3/2009² (no contemplado, sin embargo, como tal, por la legislación fiscal dentro del ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal), que consiste en la transmisión en bloque de todo el patrimonio de una sociedad (la sociedad cedente) a uno o varios socios o a terceros (los cesionarios), a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones o participaciones de la propia sociedad cesionaria (si bien podrá consistir en dinero o en especie, como por ejemplo, en acciones o participaciones de cualquier otra sociedad cuya titularidad ostente el cesionario). Dicha contraprestación podrá ser recibida por la sociedad cedente o bien por los socios de la misma, en cuyo caso, la sociedad cedente quedará extinguida.

A la vista de la citada definición es posible hacer una primera clasificación de las operaciones de cesión según que el cesionario sea socio de la sociedad cedente o sea un tercero. Dentro de estos dos grandes grupos de cesiones veremos cómo aquellas en las que el cesionario o cesionarios son socios de la sociedad cedente sí podrían encajar en alguna de las operaciones de reestructuración contempladas en la legislación fiscal dentro del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, relativo al régimen de neutralidad fiscal.

Analizaremos a continuación distintos supuestos de cesiones globales de activos y pasivos respecto de los cuales se suscitan diversas cuestiones de interés desde una perspectiva fiscal, indicando, en su caso, las modificaciones que proponemos:

2.1.1. Cesión global en favor del socio único.

Hasta ahora, la doctrina de la DGT ha venido equiparando las cesiones globales de activos y pasivos en favor de los socios de la sociedad cedente a las fusiones impropias, siempre que la cesión se realice en favor de un único cesionario que tenga la totalidad del capital de la sociedad cedente y que ésta se disuelva con ocasión de la cesión³. En estos casos, y en virtud de dicha equiparación, las cesiones globales sí pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

Dentro de este supuesto de cesión global en favor del socio único, hay que traer a colación una cuestión interpretativa relacionada con el tipo societario que pueda revestir la sociedad cedente, que

² Artículos 81 a 91 de la Ley 3/2009.

³ La DGT ha manifestado este criterio interpretativo en las siguientes consultas vinculantes: Consulta V0630-08, de 31 de marzo de 2008 (NFC028900); Consulta V0855-05, de 16 de mayo de 2005 (NFC029683); Consulta V0049-03, de 16 de julio de 2003 (NFC018314) y Consulta V0001-02, de 10 de enero de 2002 (NFC016188).

versa sobre si es posible la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando la cedente sea una sociedad de responsabilidad limitada, ya que desde el año 2005, según la DGT, sólo pueden acogerse a dicho régimen las cesiones globales en las que la cedente sea una sociedad anónima.

Respecto a las cesiones globales realizadas por sociedades anónimas, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, «TRLSA») no regula, como tal, la figura de la cesión global de activos y pasivos, pero, como expresamente prevé en su artículo 266⁴, que no se abre el período de liquidación en cualquier supuesto de cesión global del activo y el pasivo, este mero inciso ya clarifica el cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para que la cesión global pueda equipararse a una fusión (como es que la sociedad cedente sea objeto de disolución sin liquidación con ocasión de la cesión) y que, consecuentemente, como de hecho ha reconocido expresamente la DGT, pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

Sin embargo, según la doctrina de la DGT⁵, las cesiones globales de activos y pasivos no pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal si la cedente es una sociedad de responsabilidad limitada, ya que, hasta ahora, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, «LSRL»), la cesión global se regulaba en el artículo 117 (artículo derogado por la Ley 3/2009), dentro de la Sección Segunda «Liquidación» del Capítulo X «Disolución y liquidación». Por esta razón, la DGT ha venido entendiendo (desde el año 2005) que, como la normativa mercantil contempla que para las sociedades de responsabilidad limitada la cesión global acarrea la apertura formal del período de liquidación, las cesiones globales realizadas por este tipo de sociedades ya no pueden encajar en la definición de fusión impropia, que exige una disolución sin liquidación.

A partir de ahora, y como consecuencia de la derogación del citado artículo 117 de la LSRL, parece que debería poder aplicarse el régimen de neutralidad fiscal a las cesiones globales realizadas tanto por sociedades anónimas como por sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, como con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2009 se ha habilitado al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto el TRLSA y la LSRL, entre otros, habrá que esperar a ver dónde quedarán reguladas las cesiones globales en el futuro texto refundido y si la DGT cambiará de criterio o no. De momento, y hasta que no haya un texto refundido, lo que está claro es que la DGT se ha quedado sin dicho argumento para denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las cesiones llevadas a cabo por sociedades de responsabilidad limitada.

Esta reforma legislativa pondría así fin a una polémica nacida con el posicionamiento de la DGT mediante Consulta del año 2005 [Consulta V1876-05, de 23 de septiembre de 2005 (NFC021233)], la cual nunca debería haberse producido respecto de aquellas cesiones globales en las que la apertura del período de liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada fuera meramente formal (es decir, cuando el bloque de activos y pasivos se distribuyera de manera efectiva al socio único, lo que ocurre en un porcentaje muy alto de supuestos).

⁴ Artículo 266 del TRLSA: «Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo».

⁵ Véanse las siguientes Consultas vinculantes: Consulta V0056-08, de 14 de enero de 2008 (NFC028375); Consulta V2213-06, de 3 de noviembre de 2006 (NFC024112) y Consulta V1876-05, de 23 de septiembre de 2005 (NFC021233).

2.1.2. Cesión global en favor de varios socios.

Otro supuesto de cesión global de activos y pasivos es aquél en el que la cesión se realiza en favor de varios socios de la sociedad cedente (supuesto denominado por la Ley 3/2009 como «cesión global plural»). La DGT se ha pronunciado al respecto diciendo que como dicha operación no puede asimilarse a una fusión no puede, consecuentemente, acogerse al régimen de neutralidad fiscal ⁶.

Sin embargo, creemos que estas operaciones sí pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal en aquellos supuestos en los que puedan equipararse a las escisiones totales impropias.

Pues bien, para que dichas cesiones puedan encajar dentro del concepto de escisión impropia, y en particular dentro del concepto de escisión total impropia, será necesario, además de que cada parte del patrimonio que reciba cada uno de los socios constituya una unidad económica (requisito exigido por la propia Ley 3/2009, en su artículo 82 ⁷, respecto a todas las cesiones globales plurales), que la cedente se disuelva con ocasión de la cesión (lo que tendrá lugar siempre y cuando la cedente no reciba contraprestación alguna con ocasión de la cesión).

Sería deseable que la DGT flexibilizara su criterio para que, del mismo modo que ha equiparado las cesiones globales en favor del socio único a las fusiones impropias, equipare las cesiones globales en favor de varios socios a las escisiones impropias cuando cumplan los requisitos señalados, permitiendo, de este modo, que dichas operaciones también puedan beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal.

En consecuencia, cualquier otra cesión global de activos y pasivos realizada en favor de varios socios que no encaje dentro de una operación de escisión total impropia (por ejemplo, porque no tenga lugar la disolución de la sociedad cedente con ocasión de la cesión) no podrá acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Convendría a este respecto que una futura reforma del régimen tributario de reestructuraciones societarias amparase también este supuesto entre los que merecen beneficiarse del diferimiento fiscal, siempre que la contraprestación a la cedente o a sus socios no sea dineraria.

2.1.3. Cesión global en favor de terceros.

Otro supuesto de cesión global de activos y pasivos que vamos a analizar es la cesión global en favor de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, de las cesiones en favor de una «sociedad hermana» (entendiendo por «sociedades hermanas» aquellas que están participadas íntegramente, de forma directa o indirecta, por un mismo socio) o de cualquier otra sociedad del mismo grupo que no tenga la consideración de socio de la sociedad cedente.

Parece que bajo ningún supuesto las cesiones globales en favor de terceros pueden acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal porque, además de no estar expresamente recogida la cesión

⁶ La DGT se ha pronunciado en este sentido en la Consulta 0094-01, de 19 de enero de 2001 (NFC012799).

⁷ Artículo 82 de la Ley 3/2009: «Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica».

global, como tal, dentro del ámbito de aplicación de dicho régimen fiscal especial, las cesiones globales en favor de terceros no pueden asimilarse a otras operaciones de reestructuración que sí estén incluidas dentro de dicho ámbito ⁸.

Nos encontramos, pues, ante unas operaciones que desde la perspectiva mercantil tienen la consideración de operaciones de reestructuración, pero que, sin embargo, desde la perspectiva fiscal no la tienen y que, además, no son asimilables a ninguna otra operación calificada por la legislación tributaria como operación de reestructuración, lo que implica que las operaciones de cesión global en favor de terceros no puedan acogerse a los beneficios fiscales derivados de la aplicación del régimen de neutralidad pese a tratarse de auténticas operaciones de reestructuración.

Por lo anterior, creemos que sería deseable que tuviera lugar una armonización de la norma fiscal y mercantil en este punto concreto y, en particular, que se modificara la legislación del Impuesto sobre Sociedades, con el fin de extender la cobertura del régimen de neutralidad fiscal a aquellos supuestos de cesión global en favor de terceros en los que se transmitiesen ramas de actividad o, simplemente, activos.

2.2. Fusiones.

Recordemos primeramente que únicamente las operaciones de fusión reguladas en la Ley 3/2009 que encajen dentro de las definiciones fiscales de fusión del artículo 83 del TRLIS podrán beneficiarse del régimen de neutralidad, siempre y cuando la operación se lleve a cabo por motivos económicos válidos y se cumpla con las formalidades que exige la legislación tributaria.

Tras una primera lectura del concepto de fusión ⁹ recogido en el artículo 22 de la citada Ley 3/2009 cabe pensar que todas las operaciones que mercantilmente tienen la consideración de operaciones de fusión encajan en la definición fiscal de fusión. Sin embargo, como veremos a continuación, esto no ocurre en el supuesto de las denominadas fusiones de «sociedades hermanas» (i.e. sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio), siempre y cuando no haya ampliación de capital en la sociedad absorbente.

En este apartado relativo a las fusiones también comentaremos una serie de cuestiones fiscales que plantea la nueva regulación mercantil y que afectan a las fusiones que denominaremos «fusiones simplificadas» (respecto de las que se pone de manifiesto la necesidad de armonización entre la legislación fiscal y la mercantil), así como a las fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).

⁸ Entendemos que la cesión global de activos y pasivos en favor de una «sociedad hermana» no puede equipararse a una fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente (operación de reestructuración que analizaremos en un apartado posterior), porque para que en la cesión tenga lugar la disolución de la cedente, la cesionaria necesariamente ha de entregar una contraprestación al socio común (que no podrá consistir en acciones o participaciones de la propia sociedad cesionaria). Sin embargo, en la fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la absorbente, el socio común no recibe contraprestación alguna de esta última con ocasión de la fusión.

⁹ El artículo 22 de la Ley 3/2009 recoge el concepto de fusión en los siguientes términos: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan».

2.2.1. Fusiones de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 83 del TRLIS la realización de una operación de fusión exige la existencia de una contraprestación en favor de los socios de las sociedades absorbidas consistente en títulos representativos del capital de la sociedad absorbente, con una única excepción que se produce cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de los títulos representativos del capital social de la absorbida.

La Ley 3/2009, por su parte, recoge en su artículo 22 una definición de fusión en virtud de la cual también se exige la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante. Sin embargo, posteriormente en el artículo 49 del citado texto legal se establece que cuando tenga lugar la absorción de una sociedad íntegramente participada, ya sea de forma directa o indirecta, la operación de fusión podrá realizarse sin necesidad de aumento de capital de la sociedad absorbente y que (y esto es lo que queremos resaltar) ello mismo será de aplicación a las operaciones de fusión asimiladas a la absorción de sociedades íntegramente participadas como son, entre otras, las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» (i.e. fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio¹⁰).

Es decir, las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente son operaciones que mercantilmente encajan perfectamente dentro del concepto de fusión, pero que, sin embargo, no encajan en sentido estricto dentro del concepto fiscal de fusión. De hecho, así lo ha manifestado recientemente la DGT en la Consulta vinculante V1357-09, de 9 de junio de 2009 (NFC033663), diciendo que la operación por la que una sociedad absorbe a dos sociedades entre las que no existe ningún porcentaje de participación requiere la existencia de una ampliación de capital en la sociedad absorbente para poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal, aun cuando las tres sociedades estén participadas por los mismos socios.

Sería deseable que la DGT abandonara dicho argumento formalista y siguiera manteniendo una interpretación más flexible y más amplia del concepto fiscal de fusión, como la que había manifestado anteriormente en la Consulta vinculante V1221-08, de 12 de junio de 2008 (NFC030854), en la que consideró que una operación de fusión de dos sociedades que están íntegramente participadas por una tercera sí puede acogerse al régimen de neutralidad fiscal, aunque no se produzca una atribución de valores al socio de la sociedad absorbida ni un aumento de capital en la sociedad absorbente. Y ello porque pese a que el artículo 83.1 a) del TRLIS exige la atribución de valores de la sociedad absorbente en favor de los socios de la sociedad absorbida, en un supuesto en el que la sociedad absorbida y la absorbente están íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio, no parece absolutamente necesario que se tenga que producir tal atribución de valores, dado que al existir un único socio de ambas entidades la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente, ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la fusión.

Si la Administración no considerara posible seguir manteniendo la interpretación que mantuvo hasta junio de 2009 a este respecto, entonces propugnamos que una futura reforma legislativa del

¹⁰ Nótese, como novedad, que la Ley 3/2009 introduce un concepto más amplio de fusión de «sociedades hermanas» que el que se contemplaba en el derogado artículo 250.2 del TRLSA al permitir que el socio común de las «sociedades hermanas» pueda ser tanto una sociedad como una persona física y no necesariamente una sociedad.

régimen tributario específico que este supuesto de fusión entre «hermanas» también tiene derecho al régimen de diferimiento en los mismos términos y condiciones que las fusiones impropias, ya que si la ley mercantil simplifica y agiliza las operaciones de reestructuración (como de hecho se pone de manifiesto en este tipo de fusiones) lo lógico es que la ley fiscal vaya en la misma línea.

De esta manera, se lograría que operaciones que mercantilmente tienen la consideración de operaciones de fusión (como es el caso de las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente) puedan también tener la consideración de operaciones de fusión desde una perspectiva tributaria.

2.2.2. Fusiones simplificadas.

La Ley 3/2009 contempla algunos supuestos de fusiones (que denominaremos «fusiones simplificadas») a los que se les exime de determinados requisitos formales.

Estas «fusiones simplificadas» tienen lugar en los siguientes casos:

- a) Acuerdo unánime de fusión.
- b) Fusión por absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa o indirecta ¹¹.
- c) Fusión por absorción de sociedad participada directamente al 90 por 100 o más.

La ausencia de determinados requisitos formales puede tener repercusiones de carácter fiscal, dado que, como en nuestra legislación el régimen de neutralidad fiscal no es un régimen de aplicación automática, se requiere que se opte expresamente por el mismo (siendo la opción expresa un requisito constitutivo para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal) y que para ello se observen una serie de formalidades ¹².

En este sentido, es importante destacar que en determinadas «fusiones simplificadas» no se podrán cumplir las obligaciones formales que establece la norma fiscal para optar por dicho régimen y para comunicar la opción a la Administración tributaria. Esto ocurre, en particular, en las siguientes fusiones:

¹¹ Dentro del concepto de «fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas» se incluyen las siguientes fusiones asimiladas a ésta:

- (i) la fusión de «sociedades hermanas» (i.e., la fusión de sociedades íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por el mismo socio, sea cual sea su forma); y
- (ii) la fusión «inversa», en la que la sociedad absorbida es titular, de forma directa o indirecta, de la totalidad de las acciones de la sociedad absorbente.

¹² Respecto a las operaciones de fusión, el artículo 96.1 del TRLIS establece que la opción por la aplicación del régimen de neutralidad fiscal se incluirá en el Proyecto de Fusión y en los acuerdos sociales de fusión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España (según lo dispuesto en el art. 43.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, si ni la entidad transmitente ni la adquirente tuviesen su residencia fiscal en España y no fuese de aplicación el régimen establecido en el art. 84 del TRLIS, por no disponer la transmitente de un establecimiento permanente en este país, la opción corresponderá al socio residente afectado y el ejercicio de la opción se efectuará por éste cuando así lo consigne en la casilla correspondiente del modelo de declaración del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

- a) En aquellas fusiones en las que no sea necesaria la aprobación de la fusión por la Junta General de la sociedad absorbente, como ocurre cuando la sociedad absorbente es titular directa del 90 por 100 o más del capital social de la sociedad o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, siempre que se den determinadas circunstancias.
- b) En aquellas otras fusiones en las que no sea necesaria la aprobación de la fusión por las Juntas Generales de la sociedad o sociedades absorbidas, como ocurre en las fusiones por absorción de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta y en las fusiones asimiladas a éstas (i.e. fusiones de «sociedades hermanas» y fusiones «inversas»).
- c) Y también en aquellas fusiones en las que no haya necesidad de proyecto de fusión, como es el caso de algunos supuestos en los que se acuerda de manera unánime la fusión.

Creemos que es necesaria una modificación de la norma fiscal para armonizarla, en este sentido, a la nueva ley mercantil, ya que si bien el incumplimiento de las obligaciones de comunicación no impide la aplicación del régimen de neutralidad fiscal (sin perjuicio de que pueda ser constitutivo de una infracción tributaria simple), la adopción del acuerdo de opción por dicho régimen sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley sí conlleva la no aplicación del mismo.

Es previsible que, mientras no se lleve a cabo la mencionada armonización, nos encontremos en la práctica con que en las «fusiones simplificadas» se seguirán observando algunos de los requisitos formales de los que están eximidas en virtud de la Ley 3/2009, para así no perder los beneficios fiscales que se derivan del acogimiento al régimen de neutralidad fiscal, con lo que las facilidades que brinda ahora la ley mercantil quedarían en un alto porcentaje de casos, en «papel mojado».

Por ello, sería deseable que tuviera lugar una modificación de la legislación fiscal para expresamente eximir a las «fusiones simplificadas» del cumplimiento de determinadas formalidades y así lograr que la simplificación mercantil resulte operativa, o bien para simplificar, con carácter general para todas las fusiones, las formalidades que la actual regulación exige para que resulte de aplicación el régimen de neutralidad fiscal.

2.2.3. *Fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).*

Viene siendo práctica habitual en los países de nuestro entorno económico que para la adquisición, con alto grado de endeudamiento, de una empresa o grupo empresarial por parte de fondos de inversión de capital privado o de capital riesgo, se constituya un vehículo ad hoc que será el que proceda a la adquisición de las acciones de la sociedad cuyo negocio se pretende adquirir y el que reciba la financiación necesaria para llevar a cabo dicha operación (estas operaciones de compra apalancadas son las denominadas, en terminología anglosajona, «leveraged buy-outs» o «LBO»). Tras la citada adquisición, es bastante probable que se proceda a la fusión de las dos sociedades (estas operaciones de fusión son las denominadas «fusiones post-LBO»).

Este tipo de adquisiciones son operaciones estándar que llevan realizándose desde hace décadas en otros países de nuestro entorno económico (concretamente, se iniciaron en Estados Unidos en la década

de 1960 y, tras consagrarse, empezaron a utilizarse intensivamente en todo el mundo a partir de 1970¹³) y que no encuentran otra justificación que la meramente económica, ya que su razón de ser viene motivada por las pretensiones de las entidades financieras que, como garantía de la financiación que han concedido, persiguen que la deuda radique en el mismo balance que los activos con cuyos flujos se hace frente al pago de las deudas derivadas de la financiación, evitando así quedar subordinadas frente a otros acreedores de la compañía adquirida (conviene subrayar que, de hecho, dichas entidades comparten con el empresario adquirente el riesgo empresarial del negocio adquirido sin que, no obstante, participen de los beneficios o ganancias que éste puede reportarle a aquél tras la compra). Baste para ello recordar que en muchas jurisdicciones extranjeras el afloramiento de fondos de comercio como consecuencia de estas fusiones no da lugar al reconocimiento de un crédito fiscal para eliminar la doble imposición y que aun así se siguen haciendo, de donde se deduce que este tipo de estructuras de adquisición no se realizan por motivos fiscales (véase también a este respecto el apartado 4.1 de este artículo).

En el ámbito mercantil, la experiencia adquirida en los últimos años ha llevado a la Ley 3/2009 a establecer un procedimiento agravado para las fusiones en las que una de las participantes en la fusión (no necesariamente la absorbente) haya contraído en los tres años anteriores una deuda para adquirir el control de otra de las participantes en la fusión o para adquirir ciertos activos de la misma. En definitiva, la Ley 3/2009 establece un procedimiento específico para las fusiones post-LBO, lo que constituye el primer reconocimiento explícito del Legislador acerca de su legitimidad.

En el ámbito fiscal, si bien la DGT¹⁴ tradicionalmente ha venido considerando que en las fusiones llevadas a cabo con posterioridad a la constitución de vehículos societarios ad hoc para la asunción de una deuda destinada a la adquisición de un grupo empresarial en procesos de LBO, sí existen motivos económicos válidos y que dichas fusiones no tienen como finalidad la mera obtención de ventajas fiscales, sería deseable que los tribunales¹⁵ y el TEAC¹⁶ dejaran de contemplarlas con tanta suspicacia, contextualizando cada caso concreto. Si bien es cierto que hasta ahora no se ha cuestionado la existencia de motivos económicos válidos en operaciones puras de LBO, ciertas afirmaciones categóricas efectuadas por los tribunales han causado desasosiego pues, de entenderse aplicables al sector de los LBO, supondría instaurar una barrera tributaria (la derivada de la tributación de las plusvalías latentes en el momento de la fusión) que imposibilitaría la realización de adquisiciones apalancadas en España, lo que constituiría un obstáculo a la libre circulación de capitales que en nada beneficiaría a la economía española. No parece que dichas afirmaciones puedan mantenerse, sobre todo ahora que la ley mercantil les ha dado carta de naturaleza reconociendo que se trata de un tipo de fusión que es muy probable que llegue a producirse tras la compra apalancada de una sociedad, dadas las condiciones financieras de la adquisición y las exigencias o incentivos de los financiadores, que, insistimos, al fin y al cabo, son los que corren con una parte significativa del riesgo empresarial como consecuencia del apalancamiento concedido.

¹³ LÓPEZ TELLO, J. «El régimen fiscal de las operaciones de "forward merger LBO" y la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles» (*Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 23-2009, págs. 112-115).

¹⁴ La DGT ha considerado que existen motivos económicos válidos en las «fusiones post-LBO» en, entre otras, las siguientes Consultas vinculantes: Consulta V1623-09, de 9 de julio de 2009 (NFC034622); Consulta V1624-09, de 9 de julio de 2009 (NFC034629); Consulta V1571-09, de 30 de junio de 2009 (NFC033765); Consulta V1602-07, de 19 de julio de 2007 (NFC027123); Consulta V1945-07, de 19 de septiembre de 2007 (NFC027369); y Consulta V0927-06, de 11 de mayo de 2006 (NFC022623).

¹⁵ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (NFJ025984).

¹⁶ Véase la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2007 (NFJ029265).

2.3. Segregaciones.

Por último, la Ley 3/2009 incorpora como tipo de escisión la denominada «segregación»¹⁷, que bajo una perspectiva meramente fiscal parece encajar dentro del concepto de aportación no dineraria de rama de actividad por parte de persona jurídica regulado en el artículo 83.3 del TRLIS¹⁸.

Lo importante de que la Ley 3/2009 encaje estas operaciones dentro del concepto de escisión es que expresamente se reconoce que existe sucesión universal (al menos respecto de cada unidad económica escindida/aportada). Hasta ahora el argumento de la DGT y del TEAC¹⁹ para no permitir la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación ni la de los créditos fiscales en aportaciones de rama de actividad y en escisiones parciales era que no había sucesión universal (aunque se hablara de transmisión «en bloque») y que no se extinguía la entidad transmitente/escindida.

Creemos que con la nueva regulación mercantil, la DGT y el TEAC deberían cambiar el criterio hasta ahora mantenido y permitir que la aportación de una rama de actividad, así como la escisión parcial, sí conlleven la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación y de los créditos fiscales que la rama de actividad aportada/escindida hubiese generado.

2.4. Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.

En el ámbito de la imposición indirecta, y concretamente en relación con el gravamen por Operaciones Societarias, nos encontramos con que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, ha modificado el artículo 19

¹⁷ Artículo 71 de la Ley 3/2009: «Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

¹⁸ De hecho así lo ha reconocido expresamente la DGT en la contestación a la Consulta V1704-09, de 16 de julio de 2009 (NFC034685).

¹⁹ El TEAC se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en una Resolución de 18 de diciembre de 2008 (NFJ031513), de unificación de criterio, en relación con un supuesto de aportación de rama de actividad por persona física a persona jurídica en el que se pretendían compensar los rendimientos negativos de la actividad empresarial pendientes de compensación por la persona física aportante con la base imponible de la persona jurídica adquirente.

El TEAC, partiendo de que la aportación de rama de actividad supone una sucesión a título no universal, entiende que no es posible la pretendida compensación y lo justifica diciendo textualmente lo siguiente:

«Ciertamente es que el artículo 104.3 de la LIS (refiriéndose a la Ley 43/1995) dispone expresamente que "Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente" pero a juicio de este Tribunal dicha subrogación del derecho a la compensación de bases imponibles negativas sólo puede operar en los supuestos en los que, como consecuencia de la operación de reorganización empresarial, se produzca la extinción de la personalidad del transmitente, quedando por tanto limitado a fusiones y escisiones totales. En los casos de aportación de rama de actividad (tanto por personas físicas como jurídicas) es obvio que la personalidad del transmitente subsiste de ahí que la compensación de bases imponibles negativas (en caso de personas jurídicas) o la integración y compensación de rentas (en caso de personas físicas) sólo pueden ser ejercidas por el transmitente, cuya personalidad, como se ha dicho, subsiste tras la operación».

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEAC en una Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675), dictada también en unificación de criterio, negando la posibilidad de que en un supuesto de escisión parcial, la sociedad beneficiaria compense importe alguno de la base imponible de la sociedad transmitente por cuanto que, tras dicha escisión, la sociedad escindida mantiene su personalidad.

del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre de 1993 (en adelante, «TRLITP y AJD»), estableciendo, con efectos a partir del 1 de enero de 2009, la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Hasta la citada fecha (si bien de manera incompatible con el ordenamiento de la UE, como se señala en los párrafos siguientes) las operaciones de reestructuración estaban sujetas a dicho impuesto, pero gozaban de exención siempre y cuando la operación se hubiese acogido al régimen especial de neutralidad fiscal. Ahora, con la nueva regulación, la ausencia de gravamen por Operaciones Societarias se produce siempre que la operación de reestructuración entre dentro de alguna de las definiciones contenidas en los artículos 83 y 94 del TRLIS, aun cuando a dicha operación no le sea de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, bien sea porque no se ha optado formalmente por el mismo o porque no existan motivos económicos válidos que justifiquen el acogimiento al citado régimen especial.

La razón por la que el Legislador español ha establecido la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias se encuentra en la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico al de la UE, ya que en este aspecto concreto, tal y como ha dictaminado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ²⁰ (en adelante, «TJUE»), la legislación española infringía el Derecho de la UE.

Pues bien, el Legislador español, al declarar la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias con la finalidad de adaptar nuestra regulación interna a la Directiva 2008/7/CE (en adelante, «Directiva de Concentración de Capitales»), ha adoptado una postura más restrictiva que la de la propia Directiva de Concentración de Capitales, ya que al determinar el ámbito de las operaciones de reestructuración a las que es de aplicación dicha no sujeción lo ha limitado, única y exclusivamente, a las operaciones de reestructuración definidas dentro del ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal del Impuesto sobre Sociedades (i.e. a las operaciones definidas en los arts. 83 y 94 del TRLIS). En consecuencia, no todas las operaciones de modificación estructural reguladas en la Ley 3/2009 podrán acogerse a la citada no sujeción, pese a tener la consideración de operaciones de reestructuración, por lo que algunas de ellas deberán tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Por su parte, la Directiva de Concentración de Capitales al definir, en su artículo 4 ²¹, las diferentes operaciones de reestructuración respecto a las cuales los Estados miembros no podrán establecer

²⁰ A raíz de un procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea, el TJUE dictó Sentencia el pasado 9 de julio de 2009 (NFJ034227) en el asunto C-397/07 (Comisión Europea contra el Reino de España) declarando que España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva 69/335/CEE (antigua Directiva de Concentración de Capitales derogada por la Directiva 2008/7/CE) respecto a las operaciones de reestructuración anteriores a 1 de enero de 2009 (i.e. respecto a las operaciones anteriores a la modificación operada en el citado art. 19 del TRLITP y AJD) y ello porque la exención al Impuesto sobre Operaciones Societarias no debía quedar supeditada al acogimiento al régimen especial de neutralidad fiscal.

²¹ Artículo 4 de la Directiva de Concentración de Capitales: operaciones de reestructuración

1. «A efectos de la presente Directiva, no tendrán la consideración de aportaciones de capital las siguientes "operaciones de reestructuración":
 - a) la transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente;

ninguna forma de imposición indirecta, define las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canjes de valores de una manera más amplia a como lo hace la legislación española e, incluso, la propia Directiva de Fusiones, dado que tan sólo exige que la contrapartida de la operación consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente, sin limitar el importe de la posible compensación en dinero que asimismo se entregue como contraprestación (sin embargo, la Directiva de Fusiones y la legislación española establecen como límite máximo de la compensación en dinero un importe igual al 10 por 100 del valor nominal de los valores entregados).

Dicho lo anterior, opinamos que el ámbito de aplicación de la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias debería ampliarse para que pudieran quedar incluidas en el mismo una serie de operaciones que realmente son operaciones de reestructuración pese a no encajar en las definiciones de los artículos 83 y 94 del TRLIS, como pueda ser el caso, por ejemplo, de las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de ramas de actividad o canjes de valores en aquellos supuestos en los que la compensación en dinero exceda del 10 por 100 del valor nominal de los valores entregados; así como otras operaciones que conforme a la legislación mercantil sí tienen la consideración de operaciones de reestructuración pero que, por no encajar en las definiciones de la legislación del Impuesto sobre Sociedades, no pueden acogerse a la citada no sujeción.

Un supuesto particular de operaciones de reestructuración reguladas en la Ley 3/2009 que no están contenidas expresamente en las definiciones de los artículos 83 y 94 del TRLIS, es el de las cesiones globales de activos y pasivos. Estas operaciones deberán tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias en aquellos supuestos en que tenga lugar la disolución de la sociedad cedente, lo que necesariamente siempre ocurrirá en las cesiones globales de activos y pasivos equiparables a las fusiones o escisiones impropias.

En estos casos cabe plantearse si la equiparación a las fusiones impropias o a las escisiones impropias que hemos analizado en el ámbito de la imposición directa (a los efectos de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal), puede llevarse también a cabo en el ámbito de la imposición indirecta (a los efectos de la no sujeción al Impuesto sobre Operaciones Societarias). Si dicha equiparación se extendiera al ámbito de la imposición indirecta, la disolución de la sociedad cedente que necesariamente tiene lugar en las cesiones globales que son equiparables a las fusiones o escisiones impropias no quedaría gravada por el Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Por ello sería aconsejable que la Administración tributaria aceptara la extensión de dicha equiparación al ámbito de la imposición indirecta, lo que llevaría a que dichas cesiones globales tampoco quedaran gravadas por el Impuesto sobre Operaciones Societarias ²².

- b) la adquisición, por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades. En caso de que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, sólo se considerarán operaciones de reestructuración la operación por la que se alcance la mayoría de los derechos de voto y las operaciones subsiguientes.

2. "Operaciones de reestructuración": incluirá asimismo la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad.»

²² De hecho, así lo ha reconocido expresamente la DGT en la contestación a la Consulta V2051-09, de 16 de septiembre de 2009 (NFC035620), relativa a una cesión global de activos y pasivos equiparable a una fusión impropia.

Adicionalmente, y de *lege ferenda*, convendría ampliar el ámbito de aplicación de la no sujeción del Impuesto sobre Operaciones Societarias a todas aquellas operaciones de reestructuración mercantil no cubiertas actualmente por el régimen de neutralidad del Impuesto sobre Sociedades, ya sea mediante la ampliación del ámbito de aplicación de este último régimen (lo que conllevaría automáticamente su extensión al Impuesto sobre Operaciones Societarias) o mediante la modificación del artículo 21 del TRLITP y AJD (que es el que define las operaciones societarias que a los efectos del Impuesto sobre Operaciones Societarias tienen la consideración de operaciones de reestructuración), para que dichas operaciones queden específicamente no sujetas al citado impuesto. En caso contrario, nos tememos, una vez más, que la utilización de estas nuevas figuras mercantiles será residual, dados los costes fiscales que pueden acarrear.

3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN QUE TRAEN CAUSA DEL DERECHO DE LA UE

Pasamos ahora a analizar otro bloque de propuestas de modificación de la regulación fiscal de las reestructuraciones que encuentran su razón de ser en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de la UE.

Estas propuestas de modificación hacen referencia a:

- a) Los requisitos subjetivos de los canjes de valores.
- b) La exigencia de que haya ramas de actividad en origen en las escisiones y aportaciones de ramas de actividad.
- c) Las formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.

3.1. Canjes de valores: requisitos subjetivos.

La regulación que del canje de valores contiene la norma fiscal española (arts. 83.5 y 87.1 del TRLIS) debería ser objeto de modificación para su adecuación al Derecho de la UE y, en particular, a la Directiva de Fusiones y a los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales contenidos en el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, «TFUE»)²³.

Si se compara la regulación española del canje de valores con la regulación contenida en la Directiva de Fusiones se observa que la norma española exige unos requisitos subjetivos que no están contemplados en la mencionada directiva tal y como exponemos a continuación.

El actual artículo 87.1 del TRLIS establece que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canjes de valores quedará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos subjetivos:

²³ El TFUE es el nuevo título del hasta ahora denominado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o TCE, el cual ha sido objeto de modificación por parte del Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

«a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea **o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.**

(...)

b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.»

La Directiva de Fusiones, al regular los requisitos subjetivos de las operaciones de canje de valores no establece, sin embargo, requisito alguno respecto a la residencia de los socios que realizan el canje. De ello se desprende que cuando la norma española exige que la sociedad adquirente sea una sociedad residente en España en los casos en que los socios no sean residentes en algún Estado miembro de la UE, la norma española está exigiendo un requisito adicional a los contemplados en la citada directiva.

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de considerar que cuando los Estados miembros procedan a la transposición de directivas no deberán establecer condiciones o requisitos adicionales a los establecidos en las mismas. En este sentido se ha pronunciado el citado tribunal en su Sentencia de 11 de diciembre de 2008 recaída en el asunto A.T. [C-285/07 (NFI047302)].

Este requisito adicional exigido por la norma española conduce a que en aquellos supuestos en que la sociedad transmitida tenga conjuntamente socios españoles y socios no residentes en la UE (siendo estos últimos titulares de la mayoría de los derechos de voto) y la sociedad adquirente sea residente en un Estado miembro de la UE distinto de España, la operación no pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal y a que los socios españoles deban tributar, sin posibilidad de diferimiento, por las rentas que se pongan de manifiesto en la transmisión de sus valores. Por lo tanto, el establecimiento de dicho requisito adicional hace más difícil, sin duda, alcanzar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que tanto el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la UE (ECOFIN), del que España forma parte, como la Comisión Europea ya han manifestado claramente su opinión respecto a la posible aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canjes de valores en supuestos en los que existen socios de la sociedad aportada residentes fuera de la UE, en el sentido de que las citadas operaciones sí deben poder acogerse a dicho régimen fiscal especial.

Concretamente, el ECOFIN y la Comisión hicieron la siguiente declaración, recogida en el acta de la sesión número 2638 del Consejo, celebrada el 17 de febrero de 2005:

«El Consejo y la Comisión convienen en que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no priva a los socios residentes en los Estados miembros de los beneficios de la Directiva en caso de que la participación mayoritaria se adquiera de residentes de la Comunidad y de residentes de terceros países.»

Esta última declaración deja claro que tanto los Estados miembros como la Comisión consideran que el régimen de neutralidad fiscal debe poder aplicarse a operaciones de canjes de valores

en las que intervengan mayoritariamente socios no residentes en la UE, pese a no estar estos supuestos expresamente contemplados en la Directiva de Fusiones.

Pero es que, además, la redacción vigente del artículo 87.1 del TRLIS constituye una nueva infracción del ordenamiento de la UE y concretamente de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, garantizadas respectivamente por los artículos 49 a 55 y 63 a 66 del TFUE (ex arts. 43 a 48 y 56 a 60 del TCE), en la medida en que trata mejor a las sociedades españolas beneficiarias de un canje cuando los socios aportantes sean mayoritariamente no residentes en la UE que a las sociedades de otros Estados miembros que se encuentren en la misma situación.

Por su parte la DGT, primero en la Consulta V0078-01, de 27 de diciembre de 2001 (NFC016040), y más recientemente en la Consulta V1617-08, de 31 de julio de 2008 (NFC030931), justifica tal discriminación por el hecho de que el texto de los artículos 83.5 y 87.1 del TRLIS trae causa de la Directiva de Fusiones y porque, en opinión de la DGT, el hecho de que esta directiva no prevea expresamente la posibilidad de que los socios aportantes en un canje de valores sean residentes en un Estado que no sea miembro de la UE implica que la norma europea excluye dicha posibilidad.

No coincidimos con la Administración tributaria en esta interpretación por diversos motivos, principalmente porque la Directiva de Fusiones, si bien no permite expresamente esa posibilidad, lo cierto es que en ningún momento la excluye y no puede hacerlo porque limitaría extraordinariamente la aplicación de sus disposiciones si se interpretase que sólo se aplican cuando el 100 por 100 (a falta de otro porcentaje) de sus socios sean residentes en la UE. Además, la citada directiva no impone requisito alguno respecto de la residencia de los socios aportantes, limitándose a establecerla respecto de las sociedades adquirente y adquirida, por lo que no se puede interpretar que se excluyen determinados supuestos, tal y como entiende la DGT. Por último, también discrepamos de la interpretación mantenida por la Administración española porque no se debe olvidar que tanto el ECOFIN como la Comisión Europea han manifestado claramente su opinión (si bien no mediante su inclusión en el texto de una directiva) respecto de la aplicación de los canjes de valores en supuestos en los que existen socios de la sociedad aportada residentes fuera de la UE, tal y como hemos señalado anteriormente.

Dicho lo anterior, no cabe sino concluir que, siendo el requisito adicional exigido por la norma española contrario al Derecho de la UE en su interpretación más estricta, debería modificarse la redacción actualmente vigente de la norma española, máxime ahora que la Comisión Europea ha procedido a abrir formalmente un procedimiento de infracción contra España por vulnerar lo previsto en la Directiva de Fusiones respecto de la regulación de las operaciones de canjes de valores instando al Legislador español a adecuar la regulación interna española al ordenamiento de la UE ²⁴.

²⁴ Con fecha 25 de junio de 2009 se hizo público, mediante un comunicado de prensa, que la Comisión Europea había pedido oficialmente a España mediante dictamen motivado [segunda etapa del procedimiento de infracción previsto en el art. 258 del TFUE (ex art. 226 del TCE)] que modificara sus normas tributarias relativas al canje de valores por considerar que alguna de estas normas son incompatibles con la Directiva de Fusiones y con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales contempladas en los artículos 49 y 63 del TFUE (ex arts. 43 y 56 del TCE) y en los artículos correspondientes del Acuerdo EEE.

3.2. Escisiones parciales y aportaciones de ramas de actividad: exigencia de que haya ramas de actividad en origen.

En este apartado vamos a referirnos a una propuesta de modificación que afecta a las operaciones de escisión parcial (por las que se segregan una o más ramas de actividad manteniéndose al menos otra rama en sede de la entidad escindida) y a las operaciones de aportación de ramas de actividad (por las que una sociedad aporta a otra una o más ramas de actividad).

Pues bien, en relación con estas operaciones resulta necesario, en nuestra opinión, que tenga lugar una modificación, en este caso no del texto legal sino del criterio interpretativo que viene manteniendo la Administración tributaria, para que el régimen de neutralidad fiscal pueda ser de aplicación siempre que la rama o ramas de actividad que se segregan o aportan estén formadas por un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma sin que sea necesario, a estos efectos, que dicho conjunto de elementos venga efectivamente constituyendo una rama de actividad en origen, es decir, en sede de la entidad que se escinde o de la entidad aportante (i.e. la entidad transmitente), todo ello sin perjuicio de que se deban cumplir los restantes requisitos exigidos por la ley.

En este sentido, la DGT ²⁵ ha venido sistemáticamente manifestando en contestaciones a consultas planteadas que es necesario que los elementos que se segregan o aportan constituyan ramas de actividad en origen para que la operación de escisión o aportación, según los casos, pueda encuadrarse dentro de las operaciones de escisión parcial reguladas en el artículo 83.2.1.º b) del TRLIS o de las operaciones de aportación de ramas de actividad reguladas en el artículo 83.3 del TRLIS. Es decir, a juicio de la DGT, no basta con que un conjunto de elementos patrimoniales que se segrega o aporta sea susceptible de constituir una rama de actividad, sino que exige que de hecho ya venga funcionando como una unidad económica autónoma en origen, es decir, en la propia entidad transmitente.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEAC en relación con las operaciones de escisión parcial en, entre otras, su Resolución de 17 de mayo de 2007 (NFJ026568) al considerar que, a su juicio, cabe sostener la necesidad de que lo aportado (i.e. lo escindido) constituya una explotación económica en sede de la entidad transmitente.

Creemos que esta interpretación administrativa se extralimita de lo dispuesto en el texto legal, así como de lo dispuesto en la Directiva de Fusiones, de la que son transposición los mencionados artículos 83.2.1.º b) y 83.3 del TRLIS, la cual define en su artículo 2 la escisión parcial (letra c) y la aportación de ramas de actividad (letra d) en los siguientes términos:

²⁵ Véanse las siguientes Consultas vinculantes relativas a operaciones de escisión parcial: Consulta V1858-09, de 7 de agosto de 2009 (NFC034825); Consulta V1823-09, de 5 de agosto de 2009 (NFC034983); Consulta V1675-09, de 15 de julio de 2009 (NFC034547); Consulta V1597-09, de 6 de julio de 2009 (NFC034627); Consulta V0575-09, de 24 de marzo de 2009 (NFC32291); y Consulta V0758-09, de 13 de abril de 2009 (NFC032537).

Véanse también las siguientes Consultas vinculantes relativas a aportaciones de ramas de actividad: Consulta V1704-09, de 16 de julio de 2009 (NFC034685); Consulta V1402-09, de 15 de junio de 2009 (NFC033754); Consulta V0785-09, de 14 de abril de 2009 (NFC032562) y Consulta V0089-05, de 28 de enero de 2005 (NFC024353).

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

(...)

c) "escisión parcial": la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

d) "aportación de activos": la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación.»

Estas definiciones de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad» contenidas en el artículo 2 de la Directiva de Fusiones deben analizarse conjuntamente con la siguiente definición de rama de actividad contenida en la letra j) del mismo artículo:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

(...)

j) "rama de actividad": el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.»

Del análisis conjunto de las anteriores definiciones se desprende que en la Directiva de Fusiones no se exige como requisito necesario que el conjunto de elementos que se escinde o aporta venga operando efectivamente como rama de actividad en la entidad escindida o aportante, sino que solamente se requiere que dicho conjunto de elementos tenga capacidad para constituir una rama de actividad en sede de la adquirente. Además, una interpretación finalista conduce a que se deba considerar como rama de actividad todo aquel conjunto de elementos que, independientemente de que ya venga funcionando o no como unidad económica autónoma en sede de la entidad transmitente, sea susceptible de funcionar como tal en sede de la entidad adquirente o destinataria, que es, en definitiva, donde realmente interesa a los fines empresariales que ese conjunto de activos y pasivos funcione.

En suma, la Administración tributaria española (tanto la DGT como el TEAC) en su interpretación de los artículos 83.2.1.º b) y 83.3 del TRLIS (relativos a escisiones parciales y a aportaciones de ramas de actividad, respectivamente) viene exigiendo un requisito que no está previsto en la Directiva de Fusiones, por lo que dicha exigencia supone una clara e injustificada restricción a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, haciendo más difícil la aplicación del mismo, lo cual, a nuestro juicio, es incompatible con el ordenamiento de la UE ²⁶.

²⁶ Es importante destacar que Ernst & Young en un estudio, de fecha 22 de enero de 2009, realizado a petición de la Comisión Europea en relación con la implementación de la Directiva de Fusiones en los 27 Estados miembros, también ha

En este sentido, es importante tener presente y recordar que la jurisprudencia del TJUE ²⁷ ha establecido que los conceptos tomados del Derecho de la UE (como puedan ser los conceptos de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad») han de recibir una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. Lógicamente dicha interpretación uniforme no podrá tener lugar en los supuestos en que se exija un requisito que ni siquiera está contemplado en la Directiva de Fusiones.

Por todo lo anterior, creemos que es necesaria una modificación del criterio administrativo mantenido respecto a la interpretación de los conceptos de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad», con el objeto de lograr que se extienda la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones que por definición encajan perfectamente en su ámbito de aplicación y así adecuar el criterio mantenido por la Administración tributaria al espíritu y finalidad de la normativa comunitaria de la que trae causa.

3.3. Formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.

La norma española y, en particular, el artículo 96.1 del TRLIS dispone que para que sea de aplicación el régimen de neutralidad fiscal será necesario que se opte formalmente por el mismo, de acuerdo con una serie de reglas, y que se comunique dicha opción al Ministerio de Economía y Hacienda.

El incumplimiento del requisito del ejercicio de la opción conforme a las formalidades establecidas determinará la no aplicación de dicho régimen especial (ya que la opción expresa es un requisito constitutivo para la aplicación del citado régimen), mientras que el incumplimiento de la obligación de comunicación no impedirá su aplicación, sin perjuicio de que pudiera ser constitutivo de una infracción tributaria, ya que al tratarse de una obligación formal, su retraso u omisión no podrá impedir el disfrute del mismo.

puesto de manifiesto que en España la Administración tributaria exige la existencia de ramas de actividad en origen, lo cual es un requisito adicional que no está previsto en la citada directiva.

Se puede acceder a este estudio realizado por Ernst & Young en la página web de la Comisión Europea a través del siguiente link: http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/publications/studies/index_en.htm

²⁷ El TJUE, en la Sentencia de fecha 17 de julio de 1997 (NFJ005725) en el asunto conocido como Leur-Bloem (C-28/95) determinó con claridad meridiana:

«Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse».

La propia sentencia en el asunto Leur-Bloem, atribuye a los tribunales nacionales la competencia para interpretar dichas normas nacionales, pero éstos deberán hacerlo bajo el prisma del Derecho comunitario de la Unión Europea y, en particular, de la directiva en la que se basa la norma nacional.

Este criterio ya había sido mantenido por el TJUE anteriormente. Así por ejemplo, la Sentencia en el asunto Dzodzi (asuntos C-297/88 y C-197/89) ya determinaba, en su apartado 37 principalmente, la necesidad de interpretación uniforme de todas las disposiciones comunitarias, independientemente de las condiciones de aplicación de las mismas.

Sin embargo, llama la atención que la Directiva de Fusiones contemple el régimen de neutralidad fiscal como un régimen de aplicación automática a las operaciones de reestructuración incluidas en su ámbito de aplicación, sin hacer referencia alguna a la necesidad de tener que optar por él. De hecho, la Directiva de Fusiones en su artículo 15.1²⁸ sólo concede potestad a los Estados miembros para determinar la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal en determinados supuestos, de lo que, a contrario sensu, parece entenderse que no concede potestad a los Estados miembros para que determinen la no aplicación del mismo en supuestos diferentes (como por ejemplo, cuando no se hubiese optado por el mismo conforme a determinadas formalidades).

De nuevo, la Directiva de Fusiones parece haber sido transpuesta por el Legislador español incorporando requisitos no previstos en la misma que hacen más difícil la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Como ya hemos comentado al exponer la propuesta de modificación relativa al canje de valores, el TJUE es totalmente contrario a que los Estados miembros transpongan las directivas estableciendo condiciones o requisitos adicionales a los establecidos en las mismas (e.g. asunto A.T. [C-285/07 (NFJ047302)]).

Conviene también traer aquí a colación la ya mencionada sentencia del TJUE, de fecha 9 de julio de 2009 (NFJ034227), recaída en el asunto Comisión Europea contra el Reino de España (C-397/07) en la que el Tribunal condenó a España, respecto a operaciones de reestructuración realizadas con anterioridad al 1 de enero de 2009, por condicionar la exención del Impuesto sobre Operaciones Societarias al acogimiento de la operación al régimen de neutralidad fiscal, requisito que el Reino de España consideraba como meramente formal pero que el Tribunal, a la vista de la opinión del Abogado General, que lo calificó de desproporcionado, consideró que obstaculizaba la aplicación de la Directiva de Concentración de Capitales.

En dicho asunto el Reino de España alegó que la opción por el régimen especial no impone carga material alguna a la sociedad interesada y que constituye un requisito mínimo, de carácter puramente formal. También señaló que el único requisito material al que se supedita la aplicación de dicho régimen es que la operación en cuestión no tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales y que la obligación de comunicar la operación a las autoridades tributarias sirve justamente para comprobar la existencia de motivos económicos válidos que la justifiquen. A la vista de tales alegaciones el tribunal, rechazando los argumentos esgrimidos por el Reino de España, afirmó que la obligación de optar por dicho régimen especial no constituye una mera formalidad, dado que dicha opción debe comunicarse a las autoridades tributarias en la forma y en el plazo prescritos por la normativa nacional, y que dicha doble obligación de opción y de información como condición para

²⁸ Artículo 15.1 de la Directiva de Fusiones: «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

- a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;
- b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión».

el ejercicio de un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva de Concentración de Capitales constituye un obstáculo contrario a ésta.

Volviendo al supuesto que es objeto de análisis en este apartado, podemos concluir diciendo que la Directiva de Fusiones no somete la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a condicionamiento alguno y que el requisito que exige la norma española de tener que optar formalmente por dicho régimen especial para que éste pueda ser de aplicación es un requisito que no constituye una mera formalidad, tal y como ha declarado el TJUE (si bien respecto de la Directiva de Concentración de Capitales), llegando incluso a obstaculizar la aplicación del citado régimen.

Por todo lo expuesto, sería deseable que tuviera lugar una modificación del texto legal para que el régimen de neutralidad fiscal se aplicase siempre de manera automática a las operaciones de reestructuración, salvo que el contribuyente optase por lo contrario, en cuyo caso se vería obligado a ejercitar la correspondiente opción para su inaplicación. Y si no llegara a modificarse la ley en el sentido señalado, creemos que, por lo menos, debería flexibilizarse el criterio que hasta ahora ha venido manteniendo la Administración tributaria, para así lograr que el incumplimiento del requisito relativo al ejercicio de la opción por el régimen de neutralidad fiscal de la manera prevista reglamentariamente no impida la aplicación del mismo.

4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE CARÁCTER TÉCNICO

Para finalizar, pasamos a analizar una última propuesta de modificación que, a diferencia de las anteriores, obedece a meras razones de técnica tributaria.

4.1. Amortización fiscal del fondo de comercio de fusión y de la revalorización de los activos adquiridos con la fusión.

El artículo 89.3 del TRLIS (el cual se encuentra en el texto legal dentro del Capítulo VIII del Título VII relativo al régimen de neutralidad fiscal aplicable a determinadas operaciones de reestructuración) prevé la amortización fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y la del fondo de comercio que pueda ponerse de manifiesto con ocasión de la misma (i.e. el fondo de comercio de fusión) en aquellos supuestos en que la sociedad absorbente participe en el capital de la sociedad absorbida en, al menos, un 5 por 100, siempre y cuando la absorbente pueda probar que la entidad o persona física que le transmitió las participaciones en la absorbida tributó en España o en otro país de la UE (total o parcialmente) por la correspondiente ganancia de capital obtenida y siempre que, adicionalmente, la transmitente de las participaciones en la absorbida no forme parte del mismo grupo mercantil que la absorbente.

En caso de que no pudiera practicarse la mencionada amortización fiscal de la revalorización de los activos ni la del fondo de comercio de fusión nos encontraríamos ante un claro supuesto de

doble imposición, ya que, por un lado, se gravaría la plusvalía obtenida por la entidad o persona física que en su día transmitió las participaciones en la sociedad absorbida (dicha plusvalía se corresponde, al menos generalmente, con las mencionadas revalorizaciones de activos y con el fondo de comercio que el comprador pagó por la expectativa de beneficios futuros) y, por otro, se gravarían nuevamente las plusvalías tácitas imputables a los activos adquiridos y dichos beneficios futuros por los que se pagó el sobreprecio respecto al patrimonio neto de la sociedad adquirida a medida que éstos se fuesen obteniendo por la compradora. Sin embargo, en caso de que se llevara a cabo el reconocimiento a efectos fiscales del incremento de coste y, en su caso, la amortización fiscal de uno y otro elemento en sede de la sociedad adquirente de los activos, el impacto de las ganancias de capital y de los beneficios sobre la base imponible a medida que éstos se obtienen quedaría anulado, en términos globales, con dicho reconocimiento y, en su caso, amortización, lográndose de este modo eliminar la tributación adicional sobre unos beneficios por los que ya se tributó.

Llama la atención que, al amparo de la regulación actual, dicha posibilidad de reconocimiento a efectos fiscales del incremento de valor de los activos y del fondo de comercio de fusión esté únicamente prevista en relación con operaciones de fusión que estén acogidas al régimen de neutralidad fiscal. De hecho, si se revisa la Directiva de Fusiones, se puede observar que no hay ninguna mención a este aspecto en su contenido.

En consecuencia, en aquellas operaciones de fusión a las que no sea aplicable el régimen de diferimiento en el Impuesto sobre Sociedades persistirá la doble imposición señalada, dada la imposibilidad de eliminarla mediante la imputación fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y del fondo de comercio de fusión, lo que, a nuestro juicio, carece de toda justificación.

Creemos que el Legislador, así como la Administración tributaria, en su interpretación y aplicación de la ley, han olvidado la auténtica razón de ser que subyace en dicha posibilidad de atribución de valores a efectos fiscales y que no es otra que eliminar la doble imposición que se produciría en caso de no poder llevarse a cabo, con independencia de que la fusión se hubiese acogido o no al régimen de neutralidad fiscal. En este sentido, es preciso recordar que la finalidad de este régimen especial es evitar que la fiscalidad sea un freno o un incentivo para llevar a cabo operaciones de reestructuración, lo que nada tiene que ver con la eliminación de la doble imposición interna o internacional, que debería ser un objetivo consustancial al ordenamiento tributario en atención a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 31 de nuestra Constitución, que prohíbe que los tributos tengan alcance confiscatorio.

Por otro lado, también queremos poner de manifiesto que el hecho de que la Administración tributaria haya olvidado la verdadera finalidad que se persigue con la amortización fiscal del fondo de comercio de fusión (que, como ya hemos comentado, es eliminar la doble imposición) ha conllevado que siempre la haya contemplado con mucha suspicacia por considerar que se trata, simple y llanamente, de una ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. De hecho, esta suspicacia ha llevado a la DGT²⁹ en muchas ocasiones a denegar la aplicación del citado régimen fiscal a

²⁹ Véase la Consulta vinculante V1288-09, de 29 de mayo de 2009 (NFC033463), en la que la DGT deniega la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de fusión por considerar que con la misma tan sólo se persigue la obtención de una mera ventaja fiscal como es la posible aplicación de lo establecido en el artículo 89.3 del TRLIS.

operaciones de fusión por considerar que el único o principal motivo perseguido con las mismas es conseguir una ventaja fiscal como es, a su juicio, la posibilidad de amortizar fiscalmente el fondo de comercio de fusión. Queremos resaltar que con dicha posibilidad de amortización fiscal no se pretende conceder ninguna ventaja fiscal al contribuyente, sino fomentar las transacciones económicas internas e internacionales que de otra forma se verían obstaculizadas por la persistencia de la doble imposición.

Como consecuencia de todo lo anterior, creemos que se debería modificar la legislación del Impuesto sobre Sociedades para permitir que el incremento de valor atribuible a los activos adquiridos, así como el fondo de comercio que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier operación de reestructuración, puedan amortizarse fiscalmente con total independencia de que la fusión se haya acogido o no al régimen de neutralidad fiscal, lo que redundaría en una mayor neutralidad del sistema tributario español y eliminaría las sospechas, a todas luces desmesuradas, que tanto la Administración como los tribunales arrojan sobre aquellas operaciones acogidas al régimen de diferimiento por motivos de negocio en las que afloran créditos fiscales sustanciales para la eliminación de la doble imposición.

5. CONCLUSIONES

Muchas han sido las reformas legislativas habidas desde que el régimen de neutralidad fiscal entró en vigor por primera vez en el ordenamiento español en el ya lejano año de 1992. A la luz de la experiencia adquirida y por comparación con el sistema de concesión discrecional de beneficios fiscales existente hasta entonces, es claro que este régimen ha eliminado distorsiones y ha aportado racionalidad a la hora de adoptar decisiones empresariales sin menoscabar el interés de la Hacienda Pública, que simplemente ve cómo sus ingresos tributarios se difieren hasta la materialización efectiva de las plusvalías latentes.

Pues bien, las propuestas que contiene este artículo persiguen profundizar en esa tendencia de perfeccionamiento del régimen de neutralidad para coadyuvar a una mayor eficiencia en la toma de decisiones empresariales, eliminando diversas restricciones de carácter tributario hoy existentes que pueden constituirse en barreras para el ejercicio por los operadores económicos de su actividad económica, máxime en aquellos casos en los que la ley mercantil crea supuestos de reestructuración o simplifica requisitos para la toma de acuerdos que aún no se contemplan por la norma tributaria.

En otros casos, la experiencia adquirida o el análisis del ordenamiento de la UE del que todo este régimen trae causa aconsejan adoptar otra serie de reformas legislativas o meramente interpretativas para un más eficiente funcionamiento del mismo o, simplemente, para facilitar la eliminación de la doble imposición, verdadero freno a las transacciones económicas.