

# FILIALIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES Y MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

**DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Investigador en formación FPU-MEC. Universidad Autónoma de Madrid*

**FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



## **Extracto:**

**EN** este trabajo se analizan los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional a un tipo de operación de reestructuración empresarial: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes situado en el extranjero. Esta cuestión se analiza a la luz de lo establecido en el Modelo de Convenio de la OCDE, la Directiva de Fusiones y la legislación española.

**Palabras clave:** establecimiento permanente, filial, doble imposición internacional, exención e imputación.

# SUBSIDIARIZATION OF FOREIGN PERMANENT ESTABLISHMENTS AND METHODS TO AVOID INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION

**DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Investigador en formación FPU-MEC. Universidad Autónoma de Madrid*

**FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don FRANCISCO GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



## **Abstract:**

**I**n this paper the authors analyze the difficulties relating to the application of the methods to avoid international double taxation to one of the simplest ways to reorganize cross-border business structures: the contribution or subsidiarization of a foreign permanent establishment. These problems are examined within the framework of the OECD Model Tax Convention, the Merger Directive and Spanish Tax Law.

**Keywords:** permanent establishment, subsidiary, international double taxation, exemption and credit.

# Sumario

1. Introducción.
2. La filialización de un establecimiento permanente en el marco del Modelo de Convenio de la OCDE.
3. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la Directiva de Fusiones.
  - 3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado.
  - 3.2. Aplicación del método de exención.
  - 3.3. Aplicación del método de imputación.
4. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la normativa española.
  - 4.1. Consecuencias cuando no es de aplicación el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
  - 4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
5. Conclusiones.

## Bibliografía.

**NOTA:** Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2009-09413, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la normativa tributaria de la mayoría de los Estados las operaciones de reorganización empresarial pueden, en principio, someterse a imposición. En el marco de estas operaciones se producen cambios de titularidad sobre determinados elementos patrimoniales que pueden poner de manifiesto, en su caso, la producción de ganancias patrimoniales resultantes de la diferencia entre el valor de adquisición de dichos elementos y el valor de mercado que tienen en el momento en que tales operaciones tienen lugar. Sin embargo, existe un importante consenso en el ámbito internacional en que estas operaciones, *cuando concurren determinadas circunstancias*, no deben ser objeto de gravamen al no llevar aparejada este tipo de enajenaciones la obtención de liquidez por parte de la sociedad que reorganiza su patrimonio transmitiéndolo a otra. Aunque es cierto que desde un punto de vista jurídico se produce una enajenación, en la medida en que cambia la titularidad sobre concretos elementos patrimoniales, este cambio de titularidad no lleva incorporado un cambio en la titularidad económica del patrimonio transmitido al encontrarse controlado tras la operación por otra entidad en la cual participarán de modo directo o indirecto los socios de la entidad transmitente en proporción a su participación originaria.

Conforme a ello, con la finalidad de que estas operaciones resulten neutrales desde la perspectiva fiscal, un buen número de ordenamientos optan por no gravar las ganancias que se producen cuando la operación de reestructuración tiene lugar, difiriendo la tributación de dichas ganancias a un momento posterior, esto es, cuando se produzca la efectiva enajenación de los elementos patrimoniales <sup>1</sup>. Para lograr este resultado, lo habitual es establecer una exención sobre la ganancia patrimonial obtenida al llevar a cabo la operación, si bien la aplicación de esta exención se sujeta a la condición de que los elementos patrimoniales que se transmiten mantengan el valor que servía de base para calcular las eventuales ganancias patrimoniales en sede de la sociedad transmitente <sup>2</sup>.

La aplicación de dicho régimen de diferimiento, sin embargo, puede producir algunos problemas cuando la operación de reestructuración tiene vínculos transfronterizos. Estos problemas se manifiestan, entre otros ámbitos, en la aplicación de los *métodos para eliminar la doble imposición*

<sup>1</sup> Para una visión general sobre cómo se articulan estos regímenes *vid.* VANISTENDAEL (1998), pág. 908 y ss.

<sup>2</sup> En la doctrina española ha existido cierta controversia acerca de la naturaleza jurídica de la técnica empleada para alcanzar el diferimiento conforme a lo previsto en el artículo 84.1 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 (LIS). *Vid.* a modo de ejemplo los trabajos de LÓPEZ IRANZO (1992), págs. 159-160, NAVARRO (1997), págs. 166-168, GIL (2005), pág. 318 o MENÉNDEZ (2006a), págs. 700-701. En nuestra opinión, la calificación más acertada consiste en considerar este beneficio como una *exención sujeta a condición resolutoria*, tal y como señala ALONSO (2002), págs. 481-483.

*internacional*. En particular, estas dificultades se producen cuando el Estado que actúa como Estado de la fuente decide no gravar las rentas que afloran cuando la operación de reestructuración tiene lugar, aplicando un régimen de diferimiento. En este trabajo analizaremos los problemas que se plantean al aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional en un tipo concreto de operación de reestructuración: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes (EP) situado en un Estado diferente al Estado donde dicha sociedad tiene su residencia.

Los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición a este tipo de operación de reestructuración se analizarán en tres niveles. En primer lugar abordaremos la aplicación de los métodos clásicos para eliminar la doble imposición (exención e imputación) a la luz de lo previsto en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MC OCDE) y en los Comentarios a dicho Modelo <sup>3</sup>. A continuación analizaremos esta operación en el contexto comunitario, en particular, teniendo en cuenta las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones <sup>4</sup>. Finalmente, analizaremos esta operación desde la perspectiva del ordenamiento español, para analizar, entre otros aspectos, cómo se han recogido las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones. En este sentido, nos detendremos especialmente en los problemas que plantea la aplicación del método de imputación como consecuencia de que la Directiva permite a los Estados miembros reintegrar en la base imponible de la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, las pérdidas aplicadas y no recuperadas del EP que se transforma en una filial (*filialización* del EP).

## 2. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

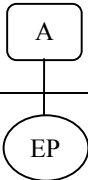
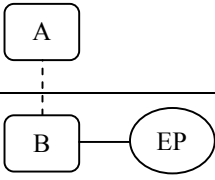

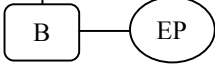
La conversión de un EP en filial es, en principio, una operación sencilla, incluso cuando dicho EP está situado en otro Estado. La transformación de un EP en una filial se realizará normalmente a través de la aportación de dicho EP a una entidad de nueva creación, o previamente existente, localizada en el mismo Estado donde se encuentra el establecimiento <sup>5</sup>. Como consecuencia de esta operación, la sociedad que transfiere o aporta el establecimiento (sociedad/entidad transmitente) perderá la titularidad del mismo, si bien a cambio recibirá acciones o participaciones de la sociedad a la que dicho establecimiento se aportó (sociedad/entidad beneficiaria). Por consiguiente, la sociedad transmitente mantiene indirectamente la titularidad del EP, en la medida en que participa en el capital de la entidad a la que lo ha aportado. En el siguiente cuadro se ilustra la situación previa y subsiguiente a la aportación del EP:

<sup>3</sup> Las referencias al MC OCDE, y a sus Comentarios, salvo que se diga expresamente lo contrario, se realizan a la versión de 2008.

<sup>4</sup> Salvo que se diga expresamente lo contrario, nos referiremos a la versión codificada de la Directiva aprobada recientemente: Directiva 2009/133/CE del Consejo, 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.

<sup>5</sup> Con el fin de simplificar la exposición, partiremos aquí de la siguiente premisa: la sociedad a la que se transfiere o se aporta el EP es una entidad de nueva creación.

CUADRO 1.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (Estado A)		
Estado de la fuente (Estado B)		

El aspecto más importante que hay que analizar de esta operación, desde el punto de vista tributario, es si los Estados implicados, el Estado de residencia y el Estado de la fuente, pueden o no gravar las rentas que, en su caso, se pongan de manifiesto cuando la misma tiene lugar. En este sentido, conviene aclarar que cuando nos referimos al Estado de residencia aludimos al Estado donde reside la entidad titular (inicialmente) del EP o sociedad transmitente (Estado A, en el cuadro anterior). El Estado de la fuente es el Estado donde está situado el EP (Estado B, en el cuadro anterior). Tras la conversión del EP en una filial, aparece en el Estado de la fuente una entidad residente en su territorio (la entidad B), y que es la nueva titular de los activos de lo que antes era un EP (sociedad beneficiaria). El capital de la entidad beneficiaria a la que se aporta el EP (entidad B), pertenece a la sociedad transmitente (entidad A), como consecuencia de que esta última entidad recibe una participación en el capital de la entidad B derivada de la previa aportación del EP situado en el Estado B.

Pues bien, el Estado de la fuente puede gravar esta operación sin ningún tipo de limitación, incluso cuando es aplicable un convenio para evitar la doble imposición (CDI) que sigue el MC OCDE. En efecto, el artículo 13.2 del MC OCDE permite al Estado de la fuente gravar las ganancias derivadas de la enajenación (*alienation*) de un EP, en la medida en que establece lo siguiente: «las ganancias derivadas de la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho EP (solo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado». En este sentido, los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE aclaran que puede calificarse como un supuesto de enajenación la operación de aportación de activos a una entidad a cambio de una participación equivalente en su capital al valor de dichos activos<sup>6</sup>. La aclaración que realizan los Comentarios tiene especial relevancia habida cuenta de que no todos los ordenamientos consideran que se ha producido una enajenación del EP cuando el mismo se aporta a una entidad con el objetivo de convertirlo en una filial.

En este trabajo partiremos de la premisa de que entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente es aplicable un CDI que sigue el MC OCDE y, por lo tanto, que el Estado de la fuente *puede gravar* la renta que se ponga de manifiesto por la aportación o transferencia del EP realizada a fin de convertirlo en filial. Al mismo tiempo, partimos también de la premisa de que la legislación del Estado de la fuente no grava inmediatamente la renta que se pueda poner de manifiesto por esta operación,

<sup>6</sup> Vid. los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (para. 5).

en la medida en que difiere su tributación cuando el EP situado en su territorio se aporta a una entidad igualmente residente en su territorio.

De hecho, ésta es la situación (diferimiento) que tendría lugar aplicando la legislación española, toda vez que en España no se gravaría inmediatamente la renta que se pone de manifiesto cuando se aporta un EP situado en territorio español a una entidad a su vez residente en el mismo territorio <sup>7</sup>. Lógicamente, de plantearse la operación en este sentido, España sería el Estado de la fuente y no el Estado de residencia, conforme al esquema que se deriva del cuadro anterior. Aquí, sin embargo, no nos referiremos específicamente a la tributación en el Estado de la fuente, sino a la tributación en el Estado de residencia, esto es, donde reside la sociedad transmitente. En este sentido, salvo que se diga lo contrario, partimos de dos premisas: a) que el Estado de residencia es España; y b) que el Estado de la fuente difiere la tributación puesta de manifiesto por la aportación del EP a una entidad residente a su vez en el territorio de este último Estado.

De lo expuesto hasta ahora se puede advertir que el Estado de la fuente no pierde la posibilidad de gravar las rentas puestas de manifiesto por esta operación, a pesar de que a esta operación le conceda un régimen de diferimiento. Ello se debe a que el EP se transmite a una sociedad que reside en su territorio (en el territorio del Estado de la fuente), circunstancia que explica que este Estado decida, si concurren determinadas circunstancias, no gravar inmediatamente la operación, difiriendo la tributación de las ganancias que, en su caso, se hayan originado por la transmisión del EP <sup>8</sup>. Para materializar este diferimiento, y mantener el derecho de imposición, la sociedad a la que se aporta el EP deberá registrar los activos del mismo, a efectos tributarios, por su valor histórico. O dicho de otro modo, a efectos tributarios el valor de adquisición de los activos del EP para la sociedad beneficiaria coincidirá con el que tenía para la sociedad transmitente <sup>9</sup>.

Desde el punto de vista del Estado de residencia, el hecho de que el Estado de la fuente haya otorgado o no un régimen de diferimiento puede tener consecuencias significativas para la tributación de la sociedad transmitente. Si el Estado de la fuente ha gravado efectivamente las rentas producidas por la aportación, es decir, *no ha concedido un régimen de diferimiento*, el Estado de residencia estará obligado a permitir a la sociedad transmitente la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI, en la medida en que también el Estado de residencia gravará la renta obtenida por la transmisión del EP. Esta renta coincidirá con la diferencia entre el valor de adquisición de los activos del EP y su valor de mercado en el momento en que tiene lugar su transmisión. A tal efecto, esto es, con el fin de eliminar la doble imposición internacional, el CDI celebrado entre el Estado de la fuente y el de residencia contemplará, bien un método de exención –el Estado de residencia no gravará la renta obtenida–, bien un método de imputación –que supondrá que la sociedad transmitente pueda deducirse en el impuesto sobre la renta del Estado donde reside los impuestos pagados en la fuente–.

<sup>7</sup> Vid. el artículo 84.1 c) de la LIS.

<sup>8</sup> Vid. SPORI (2001), págs. 63-66. Algunos autores consideran que el principio de no discriminación previsto en el artículo 24.3 del MC OCDE obliga al Estado de situación del EP a conceder un régimen de diferimiento a estas operaciones (filialización de un EP de una sociedad no residente) en la medida en que este régimen se prevea para las operaciones puramente internas. Vid. al respecto, entre otros, SACCARDO (2003), págs. 271-280 y RAVENTÓS (2007), pág. 1.474. No obstante, en la última actualización del MC OCDE (2008) los Comentarios al artículo 24 (para. 41) señalan que el principio de no discriminación del Modelo no se extiende a este tipo de operaciones.

<sup>9</sup> VANISTENDAEL (1998), págs. 22-28.

Sin embargo, la aplicación del esquema anterior puede resultar más compleja cuando el Estado de la fuente decide no gravar inmediatamente la operación, asociando un régimen de diferimiento a la filialización del EP. Dicha complejidad, como veremos, puede materializarse en la existencia de supuestos de doble imposición difíciles de resolver. En efecto, en estos casos la (doble) imposición de la operación se produciría en momentos diferentes en el tiempo. Por una parte, el Estado de residencia gravaría a la sociedad transmitente en el mismo momento en que transfiere o aporta el EP a una entidad residente en el Estado de la fuente. Por su parte, el Estado de la fuente no gravaría la renta producida en el momento de la aportación, como consecuencia de la concesión de un régimen de diferimiento. Dicha renta se gravará cuando la sociedad beneficiaria de la aportación del EP transmita, en su caso, el mismo a un tercero.

Cuando se aplica un régimen de diferimiento la primera duda que se plantea es si el Estado de la residencia tiene o no obligación de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI –o en su caso en la legislación interna– a pesar de que en el momento de la aportación el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la operación, precisamente en atención a la concesión de un régimen de diferimiento.

La respuesta que podría darse a esta pregunta, en una primera aproximación, es negativa: el Estado de residencia *no tiene* obligación de permitir la aplicación de ninguno de los métodos para eliminar la doble imposición, precisamente porque no se ha producido tributación efectiva alguna en el Estado de la fuente<sup>10</sup>. En efecto, si el método previsto fuera el de exención, podría impedirse su aplicación precisamente ante la falta de imposición efectiva en la fuente. Del mismo modo, si se tratara de aplicar el método de imputación, no podría deducirse impuesto alguno en el Estado de residencia porque no se ha pagado en el Estado de la fuente ningún impuesto en el momento de la aportación. No obstante, en este último caso la aplicación del método de imputación podría tener lugar si el CDI aplicable previera una cláusula de *tax sparing*, particular que es poco probable, ya que no suele ser una cláusula habitual, al menos en la red española de CDI.

Si en el momento de la aportación del EP no es posible aplicar en el Estado de residencia ningún método para eliminar la doble imposición –partiendo de la premisa, como hemos dicho, que este Estado sí grava la operación pero no el Estado de la fuente porque concede un régimen de diferimiento– el resultado final es que se podría producir un supuesto de doble imposición *económica* internacional difícil de resolver, en la medida en que cuando la sociedad beneficiaria enajene el EP, o sus activos, sería ella la que soportaría el impuesto y no la sociedad transmitente del Estado de residencia. Nótese, por un lado, que en el momento de transferir el EP, la sociedad transmitente sería gravada en el Estado de residencia; por otra parte, la sociedad beneficiaria residente en el Estado de

<sup>10</sup> No obstante, hay que poner de relieve que los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 33 y 34), en relación con el método de exención, recomiendan que su aplicación no se supedita al hecho de que la renta haya sido gravada efectivamente en el Estado de la fuente. Para los Comentarios al MC OCDE el método de exención debe resultar aplicable en el Estado de la residencia si el CDI atribuye al Estado de la fuente la *posibilidad* de gravar la respectiva renta. Como consecuencia de ello, aunque el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la renta, el Estado de residencia tiene obligación de aplicar el método de exención previsto en el CDI, salvo que el propio CDI establezca *expresamente* una cláusula de sujeción efectiva (*subject to tax* o *effectively taxed clauses*) que condicione la aplicación de este método para eliminar la doble imposición. Sobre ello *vid.*, entre otros, VÖGEL (1997), artículo 23 (para. 68) y CALDERÓN (1997), págs. 104-108.



la fuente sería la que soportaría un impuesto en este último Estado cuando decidiera transmitir el EP recibido o los activos que lo conforman.

Los métodos para eliminar la doble imposición que prevé el MC OCDE no resolverían este supuesto de doble imposición, habida cuenta de que se trata de un caso de *doble imposición económica*. Las medidas que prevé el artículo 23 del MC OCDE para eliminar la doble imposición internacional, en sus dos modalidades (exención e imputación), sólo resultan aplicables, salvo que un concreto CDI establezca expresamente lo contrario, a los casos de *doble imposición jurídica*<sup>11</sup>. En nuestro caso es claro que se produce un supuesto de doble imposición *económica* y no un supuesto de doble imposición *jurídica*, toda vez que sobre la misma renta recaen dos impuestos pero cada uno de ellos lo soportan personas o sujetos *diferentes*: el impuesto en el Estado de residencia lo paga la sociedad transmitente y el impuesto en el Estado de la fuente recae sobre la sociedad beneficiaria de la aportación del EP<sup>12</sup>.

En el cuadro siguiente ilustramos lo que acabamos de señalar:

**CUADRO 2.**

	Situación anterior a la aportación de EP	Situación posterior a la aportación de EP	Transmisión del EP
Estado de residencia	A	A	A
Estado de la fuente	EP	B — EP	B // EP
	VC del EP <sup>13</sup> = 100 VM del EP <sup>14</sup> = 500	<ul style="list-style-type: none"> <li>Estado de residencia: grava la ganancia obtenida por A (400)</li> <li>Estado de la fuente: <i>diferimiento</i></li> </ul>	Estado de la fuente: grava a B por la ganancia diferida (400)

<sup>11</sup> Vid. los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 1-2).

<sup>12</sup> De otro lado, aunque los Comentarios al MC OCDE recomiendan que la doble imposición que pudiera tener lugar como consecuencia de una disparidad temporal (*timing mismatch*) fuera eliminada mediante la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la norma convencional, entendemos que esta solución no podría ser aplicada en el supuesto que analizamos al tratarse de un supuesto en que la disparidad temporal alcanza también a un cambio subjetivo, esto es, se produce un supuesto de doble imposición económica y no jurídica como consecuencia de la disparidad temporal. Ello determina la imposibilidad de eliminar la sobreimposición que tiene lugar mediante la aplicación de los mecanismos previstos en el MC OCDE. Vid. al respecto los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 32.8).

<sup>13</sup> Por *VC del EP* hay que entender el valor contable (VC) que tiene el EP para la sociedad transmitente a fin de determinar la ganancia (o pérdida) obtenida como consecuencia de su enajenación. Partimos de la premisa de que el VC del EP es el mismo en los dos Estados implicados.

<sup>14</sup> La referencia al *VM del EP* alude al valor de mercado (VM) del EP en el momento de su enajenación. Por VM hay que entender, como señala el artículo 16.1 de la LIS «aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia». La renta resultante se calcula restando al VM el VC, dando lugar en este caso a la obtención de una ganancia. Al igual que en la nota anterior, partimos de la premisa de que el VM del EP (400) es el mismo en los dos Estados implicados.

El ejemplo del cuadro anterior parte de la premisa de que el VC del EP asciende a 100 y su VM, *en el momento en el que tiene lugar su aportación (filialización)*, es de 500. Cuando se produce tal aportación el Estado de la fuente *no grava* la ganancia patrimonial producida (*built-in gains*) porque aplica un régimen de diferimiento particular que se supedita a que la sociedad beneficiaria (entidad B) asuma, al menos a efectos tributarios, el valor histórico o de adquisición (VC) que tenía el EP para la sociedad transmitente *en el momento de la aportación del EP*, que es la magnitud que se habría utilizado para calcular la renta puesta de manifiesto por esta transacción, en relación con el VM. Por el contrario, en el ejemplo expuesto, el Estado de residencia sí grava la renta que se pone de manifiesto (una ganancia que asciende a 400) pero, al mismo tiempo, no permite *en principio* la aplicación de ningún método para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que *en el Estado de la fuente no se ha producido gravamen efectivo alguno* en dicho momento.

Continuando con el ejemplo, hay que poner de relieve que el régimen de diferimiento aplicado por el Estado de la fuente obliga a la entidad B a utilizar como valor de adquisición del EP el VC que tenía para la entidad A antes de su transmisión. Cuando la sociedad beneficiaria (B) transmita el EP, el Estado de la fuente gravará la operación teniendo en cuenta la ganancia cuya tributación se ha diferido (400). De ahí que la misma renta (400) habrá sido objeto de gravamen en los dos Estados, produciéndose un caso de doble imposición económica en la medida en que los impuestos recaen sobre personas diferentes. Este caso de doble imposición económica se debe al régimen de diferimiento otorgado por el Estado de la fuente. De no haber valorado la sociedad beneficiaria el EP por el valor histórico, sino por el VM en el momento de recibirlo, no se produciría tal doble imposición, si bien es verdad que si ello fuera así *difícilmente* el Estado de la fuente hubiera aplicado un régimen de diferimiento.

La doble imposición que se produce en este tipo de operaciones, cuando concurren las premisas expuestas, podría evitarse si el Estado de residencia aplicara los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI en el momento de la aportación del EP. Así, por ejemplo, si el CDI prevé el *método de exención*, y el mismo contemplara una *cláusula de sujeción efectiva* que limitara su aplicación, este escollo podría superarse considerando que tal sujeción efectiva sí tiene lugar, si bien la misma no se materializa en el momento de la aportación del EP sino cuando los activos que lo conforman se transmitan efectivamente por la sociedad beneficiaria residente en el Estado de la fuente. Por su parte, si el método aplicable según el CDI fuera el *método de imputación*, habría que aplicarlo manteniendo una concepción amplia del principio del devengo, que incluiría la posibilidad de deducir también los impuestos diferidos <sup>15</sup>.

Otra opción para resolver esta cuestión, aunque no depende estrictamente del CDI que resulte aplicable, sino más bien de la legislación de los Estados implicados, sería que el Estado de residencia siguiera el mismo criterio que el Estado de la fuente, y también difiriera en sede de la sociedad trans-

<sup>15</sup> Con todo, esta opción plantea no pocas dificultades en la medida en que el diferimiento impositivo otorgado con ocasión de la realización de la operación de reorganización empresarial puede no determinar el devengo del impuesto conforme a la normativa del Estado de la fuente, como sucedería en el caso español. En tal caso, al no producirse el devengo del impuesto que gravara las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto, parece difícil que pudiera plantearse la aplicación del método de imputación, aun cuando su aplicación no se basara en el criterio de caja (*cash method*), sino en el del devengo (*accrual method*). *Vid.* al respecto CALDERÓN (1997), págs. 194-200.

mitente la ganancia que se produce cuando se aporta el EP. Con ello, aunque el Estado de la sociedad transmitente renunciaría a gravar directamente la renta derivada de la transmisión del EP, tendría a cambio la posibilidad de sujetar a tributación las participaciones recibidas en la sociedad beneficiaria de tal transmisión. Sin embargo, si dichas participaciones que recibe la sociedad transmitente se valoran en el Estado donde reside por el valor histórico del EP y no por su VM en el momento en el que es objeto de aportación, se produciría un problema similar de doble imposición económica, igual de difícil de resolver que el ya examinado. En efecto, ambos Estados gravarían la misma renta, pero en sede de personas diferentes: el Estado de residencia a la sociedad que aportó el EP, cuando transmita las participaciones y, por su parte, el Estado de la fuente de la sociedad beneficiaria, cuando transmita los activos del EP<sup>16</sup>. Con toda probabilidad también existiría un problema de diferencias de carácter temporal, pues nada asegura que la sociedad transmitente (participaciones) y la sociedad beneficiaria (EP) transmitan sus respectivos activos en el mismo momento.

Como se puede comprobar, la aplicación de un CDI no resuelve siempre los problemas que se plantean para la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, cuando el Estado de la fuente concede un régimen de diferimiento. En el siguiente epígrafe analizaremos la misma operación en el marco de la Directiva de Fusiones, habida cuenta que contempla una serie de posibles soluciones a este problema. Este análisis se realizará teniendo también en cuenta cómo se relacionan o coordinan entre sí la aplicación de las soluciones de la Directiva con el régimen previsto en los CDI que, en su caso, resulten aplicables.

### 3. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA DE FUSIONES

#### 3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado

La Directiva de Fusiones se aplica a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea (UE) y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima europea (*Societas Europaea*) o una Sociedad Cooperativa europea<sup>17</sup>. El principal objetivo de la Directiva es aplicar a las operaciones anteriores un régimen basado en la neutralidad fiscal que, por un lado, elimine los obstáculos fiscales a estas operaciones y, al mismo tiempo, por otra parte, salvaguarde los intereses de los Estados miembros implicados<sup>18</sup>. En particular, el régimen de la Directiva se basa en un

<sup>16</sup> Vid. IBFD (1995), pág. 51, sobre los problemas de doble imposición que se generan cuando el Estado de residencia difiere también la tributación atribuyendo a las participaciones recibidas por la sociedad transmitente el mismo valor histórico del EP o de los activos transferidos.

<sup>17</sup> El artículo 3 de la Directiva establece qué entidades se consideran una «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de su aplicación. Sobre este requisito *vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: TERRA y WATTEL (2008), págs. 534-536 y HOFSTÄTTER y HOHENWATTER (2008), págs. 116-117.

<sup>18</sup> *Vid.* los Considerandos 2-7 de la Directiva.

mecanismo de diferimiento mediante la aplicación de criterios de continuidad valorativa y de conexión de los elementos transferidos en las operaciones con la soberanía fiscal de los Estados miembros que aplican el régimen.

El artículo 2 d) de la Directiva define la aportación de activos como aquella 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». A efectos de la Directiva por rama de actividad se entiende «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» [vid. art. 2 j) de la Directiva] <sup>19</sup>.

Tal y como configura la Directiva la operación de aportación de activos no es imprescindible que tal aportación se configure como una aportación al capital de la entidad a la que se transfiere la rama de actividad. En principio la Directiva permite a los Estados miembros que, al transponer la misma a su Derecho interno, contemplen dentro de la operación la posibilidad de que la entidad a la que se transmite la rama de actividad entregue a cambio participaciones en su capital que existan previamente a tal aportación. Como consecuencia de ello, a los efectos de la Directiva el supuesto de la aportación de activos podría comprender tanto las operaciones que se articulan como una aportación en el capital como las operaciones que se materializan en un canje de acciones o participaciones. Será cada Estado miembro de la UE quien al transponer la Directiva a su ordenamiento decidirá si contempla ambas posibilidades o sólo la primera, esto es, la que se materializa como una aportación de capital. Sin perjuicio de ello, y tal y como ha señalado también la doctrina, la realidad es que la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE sólo han previsto la primera operación, esto es, la que se materializa en una aportación de capital. Ello se explica porque es la operación que mejor se alinea con los objetivos de la Directiva <sup>20</sup>. La operación a la que nos referimos en este trabajo, la filialización de un EP, se trata precisamente de una operación de aportación de activos que se instrumenta como una aportación de capital. Por lo tanto, esta operación precisa de la entidad a la que se transmite el EP (rama de actividad) que emita nuevas acciones o participaciones.

El régimen fiscal que prevé la Directiva para la aportación de activos supone que no se permita al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar las plusvalías latentes resultantes de la diferencia entre el valor que se le atribuye a los elementos transmitidos a efectos fiscales —el VC al que nos referíamos en el epígrafe anterior— y su VM en el momento de llevar a cabo tal aporta-

<sup>19</sup> Sobre el concepto de rama de actividad vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00 (NFJ011450), *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*. A este respecto debemos significar que el concepto de rama de actividad de la Directiva de Fusiones no comprende todos los supuestos que se conceptúan como EP, por lo menos en el marco del MC OCDE. Como consecuencia de ello, con carácter general, aunque toda rama de actividad conformará necesariamente un EP, no todos los supuestos de EP previstos en el artículo 5 del MC OCDE podrán configurar una rama de actividad. Así, por ejemplo, las obras o instalaciones de permanencia superior a los 12 meses, que a efectos del artículo 5.3 del MC OCDE constituyen un EP, no podrán ser consideradas generalmente como una rama de actividad a los efectos de la Directiva. Vid. THÖMMES (2004), números marginales (NM) 79-90 e IBFD (1995), pág. 46.

<sup>20</sup> THÖMMES (2004), NM 85.

ción —el VM al que nos referíamos también en el epígrafe anterior—<sup>21</sup>. La aplicación del régimen anterior se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: a) que la sociedad beneficiaria mantenga dicho valor —el VC— a efectos del cálculo de amortizaciones y de ulteriores plusvalías; y b) que los elementos patrimoniales se afecten a un EP de esta sociedad (sociedad beneficiaria) en el territorio del Estado de residencia de la sociedad transmitente<sup>22</sup>. Estos dos requisitos pretenden, al mismo tiempo, conseguir los dos objetivos que persigue la Directiva: que la operación resulte neutral desde el punto de vista tributario pero salvaguardando a su vez los derechos de imposición de los Estados implicados.

Dentro de los supuestos que comprende la Directiva para la aportación de activos también se encuentra el caso en que entre los elementos que transfiere la sociedad transmitente se encuentra un EP situado en un Estado de la UE diferente al Estado donde dicha entidad tiene su residencia. Para este supuesto el artículo 10 de la Directiva obliga al Estado miembro donde se encuentra el EP a aplicar el régimen de diferimiento previsto para la aportación de activos siempre y cuando los activos que conforman dicho EP se mantengan en dicho Estado, bien como un EP perteneciente a una sociedad no residente en dicho Estado, bien como elementos patrimoniales de una sociedad residente en el mismo Estado donde antes se encontraba el EP<sup>23</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la Directiva de Fusiones también comprende el supuesto que hemos analizado en el epígrafe anterior al hilo de los CDI. Lo que se trata ahora de estudiar es qué soluciones prevé la Directiva para eliminar la doble imposición internacional en el Estado donde reside la sociedad transmitente, teniendo en cuenta que en el Estado donde está situado el EP se aplica un régimen de diferimiento cuando el mismo se transmite a la sociedad beneficiaria. En particular veremos que la Directiva prevé soluciones específicas para la aplicación de los métodos de exención e imputación que resuelven los problemas derivados del hecho de que no se produzca tributación efectiva en el momento de aportación en el Estado donde se encuentra el EP como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento.

### 3.2. Aplicación del método de exención

El artículo 10.1 de la Directiva contempla el tratamiento que, con carácter general, tiene que aplicar el Estado de residencia de la sociedad transmitente a esta operación. Conforme a dicho precepto el Estado de residencia de la sociedad que aporta el EP debe aplicar el método de exención,

<sup>21</sup> *Vid.* el cuadro 2 del epígrafe 2 de este trabajo.

<sup>22</sup> *Vid.* artículos 4, 5, 6 y 9 de la Directiva.

<sup>23</sup> *Vid.* los párrafos 3 y 4 del artículo 10.1 de la Directiva. Hasta la modificación de la Directiva en 2005 no resultaba claro de su tenor si la misma comprendía también la operación de filialización de un EP cuando la filial residía en el mismo Estado donde antes se encontraba o estaba situado el EP. En principio parecía que el tenor literal de la Directiva sólo era aplicable cuando la filial a la que se aportaba el EP residía en un Estado diferente (de la UE) al Estado de situación del EP. El párrafo cuarto del artículo 10.1 de la Directiva, introducido en 2005, aclara que también resulta comprendida la filialización de un EP cuando el EP se encuentra en el mismo Estado donde reside la sociedad beneficiaria de la transmisión: «el presente apartado será, asimismo, aplicable en el supuesto de que el EP esté situado en el mismo Estado miembro que aquel en el que sea residente la sociedad beneficiaria». Sobre ello *vid.* THÖMMES (2004), NM 259 y LARKING (1992), pág. 307.

esto es, no puede someter a tributación la ganancia patrimonial que se pudiera poner de manifiesto como consecuencia de la enajenación del EP. Ésta es la interpretación que se deriva, en nuestra opinión, del tenor literal del artículo 10.1 de la Directiva (párrafo primero):

«[c]uando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión, de una escisión parcial o de una aportación de activos figure un EP de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, el Estado miembro de la sociedad transmitente renunciará a los derechos de imposición sobre dicho EP».

Este precepto, aunque en principio no hace referencia expresa al método de exención, debemos entender que implícitamente exige su aplicación, pues al señalar que el Estado de la sociedad transmitente «renunciará a los derechos de imposición sobre dicho [EP]» las consecuencias que materialmente se derivan de dicha renuncia equivalen a la aplicación del método de exención, esto es, a no gravar la posible ganancia que se produce para la sociedad que enajena el EP<sup>24</sup>. Como consecuencia de ello, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la ganancia que se produce por la enajenación del EP, y ello a pesar de que el Estado de situación del EP no grave en ese momento tal ganancia por la aplicación de un régimen de diferimiento. Por este motivo, puede sostenerse que sería contrario al artículo 10.1 de la Directiva la introducción de una cláusula de sujeción efectiva que pudiera limitar la aplicación del método de exención a este tipo de operaciones. En suma, el Estado de residencia debe declarar exenta la ganancia a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya gravado efectivamente por la aplicación de un régimen de diferimiento.

No obstante, debemos tener en cuenta que la Directiva no establece cómo deben regular los Estados miembros este régimen de exención. Se trata de una cuestión sobre la que la Directiva deja cierto margen de autonomía a los Estados miembros para que cada uno desarrolle este particular del modo que considere oportuno siempre y cuando se cumplan los objetivos marcados por la propia Directiva. Por este motivo, no sería contrario a la Directiva, por ejemplo, que un Estado regulara esta exención como una exención modificada –la ganancia se incluiría en la base imponible, pero en la cuota se aplicaría una deducción equivalente a la parte de la cuota que se hubiera producido por la inclusión de tal ganancia– o como una exención con progresividad que, como es sabido, tiene por resultado que la renta extranjera se incluya en la base imponible pero a los solos efectos de determinar el tipo de gravamen aplicable<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Algunos autores consideran que el artículo 10.1 de la Directiva tiene un alcance mayor al expuesto por nosotros, en el sentido de que su aplicación exige algo más que el mero hecho de declarar exenta la posible ganancia que se produce en sede de la sociedad transmitente por la enajenación del EP [*vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 259]. En nuestra opinión, sin embargo, la renuncia a la que se refiere la Directiva implica simplemente la aplicación del método de exención, en los términos expuestos, toda vez que es evidente, incluso aunque no lo dijera la Directiva, que la sociedad que transfiere el EP pierde la posibilidad de gravar directamente la renta obtenida por él. Ahora bien, tal efecto se produce simplemente porque dicha sociedad lo transmite, y no tanto por la aplicación de la Directiva, toda vez que la pérdida de la posibilidad de gravar los beneficios futuros del EP se produce en todo caso, con o sin Directiva. Lo que la Directiva pretende es simplemente que el Estado de residencia de la sociedad que transmite el EP no grave la ganancia que se pueda producir por tal enajenación. En este sentido, entre otros, *vid.* IBFD (1995), pág. 50, STARINGER (2001), págs. 90-91 y LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), pág. 23.

<sup>25</sup> IBFD (1995), pág. 50.

A pesar del cierto margen de libertad que deja la Directiva para desarrollar en el ámbito interno el método de exención, no hay que olvidar que es preciso que cada Estado miembro contemple expresamente en su legislación cómo se concreta la aplicación de dicho método en estos casos. Como consecuencia de ello, en principio no parece que sea un instrumento adecuado para implementar las exigencias de la Directiva acudir directamente a lo previsto en cada uno de los CDI celebrados por un Estado miembro de la UE con otros Estados miembros<sup>26</sup>. Sin embargo, el hecho de que ello sea así, no impide que la aplicación del método de exención a las operaciones (comunitarias) de filialización de un EP se base, *en casos particulares*, en el régimen establecido en un concreto CDI y no en lo que, con carácter general, haya establecido un Estado miembro en su Derecho interno<sup>27</sup>.

La opción de tratar una concreta operación conforme a lo establecido en un CDI, y no con base en el régimen general dispuesto en el ordenamiento interno de un Estado en aplicación de la Directiva, tiene especial sentido en aquellos casos en los que un Estado de la UE, al implementar la Directiva, haya decidido acogerse a la excepción prevista en el artículo 10.2 de la misma. Sin perjuicio de que este aspecto lo desarrollaremos en el siguiente epígrafe, conviene avanzar que el artículo 10.2 de la Directiva permite a los Estados miembros aplicar a las operaciones de filialización de un EP, en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, el método de imputación en vez del método de exención que se deriva del artículo 10.1 de la misma norma.

El hecho de que un Estado de la UE haya establecido el método de imputación en su ordenamiento en cumplimiento de la Directiva (art. 10.2), no impide que un concreto CDI contemple la aplicación del método de exención para las ganancias puestas de manifiesto por la enajenación de un EP o elementos del mismo. Se trataría, por lo tanto, de un supuesto en el que el CDI celebrado entre el Estado de la sociedad transmitente y el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria –o Estado de situación del EP antes de su aportación–, prevea la aplicación del método de exención a la renta puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Cuando ello sea así, es posible aplicar a esta operación el método de exención previsto en el CDI, aunque la solución del Derecho interno, a los efectos del artículo 10 de la Directiva, sea la del método de imputación. No obstante, *la utilización del método de exención del CDI sólo sería posible si el convenio regula este método sin asociar su aplicación al hecho de que la renta exenta haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente* (cláusula de sujeción efectiva).

Cuando el CDI contemple el método de exención, pero prevea a su vez una cláusula de sujeción efectiva vinculada al mismo, no sería posible acudir al CDI para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, toda vez que en este caso el CDI estaría introduciendo un requisito no previsto en la Directiva. En efecto, de la Directiva se desprende la obligación del Estado donde reside la sociedad transmitente de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional, a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya producido tributación efectiva por la aplicación de un régimen de diferimiento. Como consecuencia de lo anterior, cuando un Estado de la UE haya optado en su legislación, en cumplimiento de la Directiva, por el método de imputación, no podría tratarse esta

<sup>26</sup> IBFD (1995), págs. 45-46.

<sup>27</sup> THÖMMES (2004), NM 276.

operación conforme al método de exención previsto en un concreto CDI, si la aplicación de este método del CDI introduce una cláusula de sujeción efectiva. En estos casos la operación deberá tratarse conforme al método de imputación previsto expresamente por el ordenamiento interno en cumplimiento de la Directiva, que no puede estar condicionado en ningún caso por una cláusula de sujeción efectiva. Por el contrario, si el CDI prevé el método de exención y *no contempla cláusula de sujeción efectiva*, la operación se podrá tratar conforme al método de exención establecido en el CDI, a pesar de que la solución general del ordenamiento interno, en cumplimiento de la Directiva, haya sido el método de imputación.

Finalmente hay que señalar que el artículo 10.1 de la Directiva prevé en su segundo párrafo una regla especial que permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente integrar en la base imponible de esta entidad las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que con anterioridad a su enajenación se hubieran compensado. En particular dicho precepto señala lo siguiente:

«El Estado miembro de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imposables de dicha sociedad las pérdidas anteriores del EP que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado miembro y que no se hayan compensado.»

La Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer en estos casos una cláusula de recaptura de pérdidas, en la medida en que algunos ordenamientos permiten, en el marco de la aplicación del método de exención, la deducción de las pérdidas obtenidas en el extranjero a través de un EP<sup>28</sup>. La razón de que sea posible contemplar una cláusula de recaptura de pérdidas se debe a que el Estado de residencia de la sociedad transmitente que ha permitido deducir las pérdidas obtenidas por el EP pierde la posibilidad de recuperar dichas pérdidas gravando, en su caso, los beneficios futuros que, en su caso, obtenga a través del EP. Tal pérdida se produce porque tras la enajenación del EP el Estado de la sociedad transmitente deja de tener el derecho a gravar directamente las rentas obtenidas por el EP. La Directiva, ante la imposibilidad de que dicho Estado grave los beneficios futuros del EP, permite integrar en la base imponible de la sociedad transmitente las pérdidas del EP previamente deducidas y que no se hayan compensado con cargo a beneficios del EP obtenidos antes de su enajenación<sup>29</sup>.

El artículo 10.1 de la Directiva, aparte de señalar la posibilidad de los Estados miembros de reintegrar las pérdidas del EP previamente compensadas y no recuperadas, no establece ningún requisito o limitación adicional sobre cómo debe o puede configurarse esta cláusula de recaptura de pérdidas. Al ser eso así, es posible que un Estado de la UE establezca una cláusula de recaptura de pérdidas sin contemplar límite alguno de carácter temporal. Ello supondría que la sociedad transmitente tendría la obligación de reintegrar en su base imponible todas las pérdidas del EP previamente compensadas y que no se hubieran recuperado con cargo a beneficios obtenidos por el propio EP antes de su enajenación. Como veremos en un epígrafe posterior, la legislación española, en la actualidad, ha desarrollado esta cláusula de recaptura de pérdidas en ese sentido.

<sup>28</sup> Vid. los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 44).

<sup>29</sup> Vid. TERRA y WATTEL (2008), pág. 561.



### 3.3. Aplicación del método de imputación

#### 3.3.1. Consideración previa

El artículo 10.2 de la Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros apliquen a este tipo de operaciones el método de imputación en vez del método de exención que, con carácter general, se deriva del artículo 10.1 de la misma norma. El tenor del artículo 10.2 de la Directiva es el siguiente <sup>30</sup>:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente aplique un sistema de imposición de beneficios globales, ese Estado miembro podrá gravar cualesquiera beneficios o ganancias de capital del EP que sean resultado de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos, [siempre que admita la deducción d] el impuesto [que], de no ser por las disposiciones de la presente Directiva, habría gravado esos beneficios o ganancias de capital en el Estado miembro en que esté situado el establecimiento permanente, [y que admita dicha deducción] del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el impuesto los hubiese gravado y se hubiese pagado.»

Este precepto pretende hacer compatible el método de imputación con el régimen que la Directiva otorga a este tipo de operaciones <sup>31</sup>. En efecto, cuando analizamos el método de imputación en el marco de los CDI (epígrafe 2), vimos cómo este método no resultaba aplicable en el momento de la enajenación del EP, como consecuencia de que en el Estado de situación del EP no se había pagado efectivamente impuesto alguno, al aplicarse un régimen de diferimiento a la operación. Pues bien, el artículo 10.2 de la Directiva permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la ganancia derivada de la enajenación del EP siempre y cuando permita la deducción en la cuota de un *impuesto equivalente al que se hubiera exigido en el Estado de situación del EP en el caso de que el régimen de diferimiento derivado de la Directiva no se hubiera aplicado*. Se trata, en cierto modo, de autorizar la deducción en el Estado de residencia de la sociedad transmitente de un *impuesto ficticio o nocional (notional tax credit)*, esto es, el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de situación del EP de no haber habido diferimiento en el momento de su enajenación al efecto de su filialización.

El artículo 10.2 de la Directiva, como veremos en los epígrafes siguientes, plantea un buen número de interrogantes sobre la aplicación del método de imputación, con deducción del *impuesto nocional*, a este tipo de operaciones.

<sup>30</sup> Nótese que en la versión española de la Directiva 133/2009/CE se omite el texto que hemos añadido, el cual se encontraba en la redacción del artículo 10.2 en la Directiva 90/434/CEE. Esta omisión tiene su origen en la modificación de la Directiva 90/434/CEE por la Directiva 2005/19/CE y hacía que el tenor literal careciera de sentido, sin que en otras versiones (inglesa o francesa, por ejemplo) se hubiera modificado el tenor literal de este apartado, como acertadamente han advertido PALAO (2005), pág. 24, y MENÉNDEZ (2006b), págs. 57-58. A nuestro juicio, el legislador comunitario ha perdido aquí una buena oportunidad para enmendar el error con ocasión de la codificación de los textos de las citadas normas.

<sup>31</sup> Hay que significar que la Propuesta de 1969 de la que hoy es la Directiva de Fusiones no contemplaba la posibilidad de aplicar a estas operaciones el método de imputación [vid. art. 11 de la propuesta originaria de la Directiva de Fusiones de 1969, Documento COM(69)5 final]. La razón de que originariamente sólo se contemplara el método de exención y no el de imputación se debe a que en ese momento ninguno de los que entonces eran Estados miembros de la UE utilizaba en su ordenamiento interno el método de imputación para eliminar la doble imposición internacional.

### 3.3.2. Alcance del artículo 10.2 de la Directiva

El primer interrogante que plantea el artículo 10.2 de la Directiva es el alcance que debe otorgarse al comienzo de su tenor literal: «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1».

El artículo 10.1 de la Directiva, que es del que se deriva el método de exención analizado en el epígrafe 3.2, consta de cuatro párrafos. La duda que plantea el artículo 10.2 es si la aparente derogación o excepción que supone al artículo 10.1 se refiere a todos sus párrafos o sólo a algunos de ellos <sup>32</sup>.

En primer lugar, se puede afirmar que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1 porque no se refieren a la aplicación del método de exención en el Estado de residencia de la sociedad transmitente. En efecto, estos párrafos aluden a una cuestión distinta: qué tratamiento tiene que otorgar el Estado de situación del EP a las operaciones de filialización, aclarando que dentro de estas operaciones también están comprendidas aquellas en las que la filial reside en el mismo Estado donde está situado el EP con carácter previo a su filialización. Por lo tanto, es evidente que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1, pues no se refieren estrictamente al método de exención, sino a la obligación del Estado de situación del EP de conceder el diferimiento impositivo en aquellos casos en que el régimen contenido en la Directiva sea aplicable.

Por el contrario, puede afirmarse sin duda alguna que lo que el artículo 10.2 de la Directiva excluye realmente del artículo 10.1 es su párrafo primero, pues es de este párrafo del que se deriva la regla general de aplicar en el Estado de residencia de la sociedad transmitente el método de exención <sup>33</sup>. La Directiva permite a los Estados miembros tratar estas operaciones conforme al método de imputación, en vez del de exención, sin perjuicio de que tengan que permitir la deducción del impuesto nocial del Estado de situación del EP. Como consecuencia de ello, el artículo 10.2 permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la renta puesta de manifiesto con ocasión de la operación, sin perjuicio de que deba permitir la deducción del impuesto nocial indicado.

Sin embargo, lo que no queda claro del artículo 10.2 de la Directiva es si excluye o no también el párrafo segundo del artículo 10.1, que es el que, como vimos al final del epígrafe 3.2, permite al Estado de residencia establecer una cláusula de recaptura de pérdidas en relación con las pérdidas compensadas del EP, y no recuperadas, que se hubieran producido con anterioridad a su filialización. Se trataría de analizar si la Directiva permite a los Estados miembros que opten por el método de imputación derivado del artículo 10.2 establecer una cláusula de recaptura de pérdidas equivalente a la que el artículo 10.1, párrafo segundo, permite aplicar cuando el método utilizado en aplicación de la Directiva es el de exención.

La posibilidad de establecer una cláusula de recaptura de pérdidas es perfectamente coherente con la configuración del *método de exención*, en la medida en que este método se basa en la simetría entre

<sup>32</sup> Hay que significar que la versión española de la Directiva plantea menos problemas interpretativos en este punto que otras versiones como la inglesa o la francesa.

<sup>33</sup> En este sentido, entre otros, se pronuncian TOMSETT (2008a), § 2.2.10 y AA.VV. (1993), pág. 16. No obstante, se posiciona en sentido contrario THOMMES (2004), NM 268.

la no inclusión de rentas obtenidas en el extranjero, tanto si son de carácter positivo como negativo <sup>34</sup>. Como consecuencia de ello, podría considerarse que el artículo 10.2 de la Directiva excluye la posibilidad de establecer una regla de recaptura cuando el método elegido es el de imputación, pues la citada regla tiene su sentido fundamentalmente en el ámbito del método de exención y no en el de imputación. Ésta es la interpretación que implícitamente han adoptado un buen número de Estados miembros de la UE, que al transponer la Directiva a su ordenamiento interno, optando por la aplicación del método de imputación del artículo 10.2, no han introducido expresamente una cláusula de recaptura de pérdidas <sup>35</sup>.

Frente a lo que ocurre cuando es de aplicación el método de exención, *en el caso del método de imputación*, la propia dinámica de este método impone la integración en la base imponible de todas las rentas obtenidas, tanto si son de signo negativo como positivo <sup>36</sup>. Siendo esto así, la posibilidad de recuperar las pérdidas o rentas negativas previamente compensadas sería una cuestión extraña a la configuración de este método de imputación, por lo que parece razonable afirmar que la misma debería encontrarse limitada a la aplicación del método de exención <sup>37</sup>. Conforme a esta interpretación, podría considerarse que se estaría incumpliendo la Directiva si un Estado miembro, al regular el método de imputación en aplicación del artículo 10.2, introdujera directamente una cláusula de recaptura de pérdidas. Esta interpretación supondría admitir también que el artículo 10.2 de la Directiva excepciona la aplicación de los párrafos primero y *segundo* del artículo 10.1.

No obstante, como veremos a continuación, la posibilidad de tener o no en cuenta las pérdidas compensadas (y no recuperadas) del EP en el marco del método de imputación no es precisamente una cuestión del todo clara, pues existen Estados, como es el caso de España, que sí contemplan expresamente su aplicación <sup>38</sup>. Además, dentro de los Estados que no contemplan expresamente su aplicación, es decir, no establecen una cláusula de recaptura directa de las pérdidas compensadas y no recuperadas del EP, sí establecen medidas que, indirectamente, tienen en cuenta dichas pérdidas a la hora de aplicar el método de imputación: se trata no tanto de integrar directamente en la base imponible del ejercicio en que se enajena el EP las pérdidas previamente compensadas del mismo, junto a la ganancia producida por tal enajenación, sino de computarlas indirectamente a la hora de cuantificar el impuesto nocial que el artículo 10.2 de la Directiva obliga a los Estados miembros a reconocer cuando optan por el método de imputación.

Si se considerara que la Directiva excluye la posibilidad de llevar a cabo una recaptura de pérdidas de modo directa cuando el método de imputación es aplicable, las normas de transposición de los Estados miembros que así lo prevean, como es el caso de España, deberían reputarse contrarias a la Directiva. Sin embargo, creemos que pueden plantearse argumentos suficientes en contra de esta limitación.

<sup>34</sup> VOGEL (1997), artículo 23, NM 70-75.

<sup>35</sup> *Vid.* el estudio elaborado por ERNST & YOUNG (2009), promovido por la Comisión Europea, sobre cómo se ha implementado la Directiva de Fusiones por los Estados miembros de la UE tras su última modificación relevante. Con carácter general, los Estados que han optado por el método de imputación, Alemania (pág. 651), Grecia (pág. 679), Irlanda (pág. 740) y Reino Unido (pág. 1.111), no han establecido una regla de recaptura de pérdidas.

<sup>36</sup> VOGEL (1997), artículo 23, NM 170.

<sup>37</sup> *Vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 268 y CALDERÓN y MARTÍN (2008), pág. 1.005.

<sup>38</sup> También Finlandia ha introducido una cláusula de recaptura de pérdidas al acogerse a la posibilidad de optar por el método de imputación. *Vid.* ERNST & YOUNG (2009), pág. 558.

En primer lugar, del tenor literal de la Directiva se extrae que el Estado de la sociedad transmitente debe permitir la deducción del impuesto nocional «del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el» Estado de situación del EP hubiera gravado de modo efectivo la operación. Esta referencia contenida en el tenor literal de dicho precepto a la aplicación del método de imputación en la misma forma que si el impuesto hubiera sido efectivamente exaccionado por el Estado de la fuente, permite, a nuestro juicio, considerar que, si la aplicación *normal* del método de imputación de acuerdo con la normativa interna del Estado de residencia de la sociedad transmitente prevé la recaptura de pérdidas previa a la aplicación de la deducción, esta recaptura pueda tener también lugar cuando el régimen fiscal que implementa la Directiva sea aplicable. Dicho de otro modo, si lo que la Directiva quiere es que el crédito fiscal se conceda por el Estado de residencia de la sociedad transmitente en la misma forma en que se habría concedido de no mediar los beneficios del régimen previsto en su articulado, entonces habrá que considerar que la posibilidad de llevar a cabo la recaptura de pérdidas cuando sea aplicable el método de imputación se podrá hacer en tanto en cuanto la misma se hubiera realizado en la aplicación normal de dicho método<sup>39</sup>.

Junto a ello, debe recordarse que la recaptura de pérdidas previamente deducidas en estos casos sirve a su vez como mecanismo para evitar la realización de actividades abusivas, pues, de otro modo, sería factible aprovechar estas pérdidas en los años en que se obtienen en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, por tanto reduciendo su cuota tributaria durante los años deficitarios; mientras que, cuando la perspectiva de obtención de beneficios a través del EP se fuera a materializar, la sociedad optaría por proceder a la filialización del EP, evitando así un incremento de la cuota a satisfacer en el Estado de la residencia. Mediante esta sencilla estructura se lograría diferir efectivamente la tributación de los beneficios del EP que sólo serían recuperados por el Estado de la residencia cuando la filial distribuyera dividendos o se enajenaran las participaciones en su capital<sup>40</sup>. Así pues, la exclusión de la recaptura directa de pérdidas en el marco de la aplicación del artículo 10.2 de la Directiva generaría una grave asimetría entre la aplicación de los métodos de imputación y exención que difícilmente podría ser considerada dentro de los objetivos del legislador comunitario.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando es aplicable el método de exención y el Estado de la residencia ha optado por permitir que sus residentes deduzcan las pérdidas de fuente foránea, este Estado está decidiendo unilateralmente la inaplicación del principio de simetría en el marco del citado método de eliminación de la doble imposición. De hecho, los efectos de esta decisión hacen que cuando el EP únicamente haya generado pérdidas –situación habitual en los primeros años de la inversión–, se asemejen a aquellos que resultarían de haberse optado por la aplicación del método de imputación. En consecuencia, de no permitirse la recaptura de pérdidas cuando el método de impu-

<sup>39</sup> No se nos escapa el hecho de que esta posibilidad de que se lleve a cabo la recaptura de pérdidas por el Estado de la residencia de la sociedad transmitente de modo previo a la deducción del impuesto soportado en el Estado de situación del EP puede significar que dicho impuesto no llegue a ser deducido en el Estado de la residencia en aquellos casos en que el importe de las pérdidas supere el importe de las eventuales ganancias patrimoniales. En este caso, cabría plantearse la compatibilidad de tal recaptura con el mandato del artículo 10.2 al Estado de la residencia de permitir la deducción del impuesto nocional. En el caso español, como veremos, la previsión del artículo 31.4 de la LIS puede solventar estos problemas al permitir la deducción posterior (*carry-forward of unused foreign tax credit*) de este impuesto, o de la parte de su importe que no haya podido deducirse, en los 10 ejercicios siguientes.

<sup>40</sup> Estas estructuras son las que trataron de eliminarse en los EEUU mediante la introducción de la que actualmente es la sección 367 del *Internal Revenue Code*. Vid. AVI-YONAH, RING y BRAUNER (2005), pág. 421 y ss.

tación es el aplicable, el resultado sería desfavorable para el Estado que hubiera optado por la aplicación de este método frente a aquel en que se aplicara el método de exención asimétricamente. Con todo, no puede obviarse el hecho de que mediante el cálculo del impuesto nocional, como veremos, puede lograrse una recaptura indirecta de pérdidas. Ahora bien, en la medida en que las legislaciones del Estado de la fuente y el Estado de residencia en este extremo pueden ser dispares, la recaptura de pérdidas se vería determinada por el cálculo realizado conforme a la normativa interna del Estado de la fuente, conduciendo a un resultado distinto de aquel que se habría obtenido de proceder a una recaptura de pérdidas de modo directo. Otra cuestión es si habiéndose recapturado las pérdidas directamente por el Estado de la residencia, cabe considerar esa recaptura compatible con el cálculo de impuesto nocional en el que la base imponible se haya visto minorada por el importe de las pérdidas reconocidas en el Estado de la fuente.

### 3.3.3. *Las distintas modalidades del método de imputación y el artículo 10.2 de la Directiva*

El segundo interrogante que plantea el artículo 10.2 es el de considerar si en el marco del mismo caben las distintas modalidades del método de imputación, esto es, el método de imputación íntegra y el método de imputación ordinaria. Como es sabido, la diferencia entre ambas modalidades del método de imputación estriba en que en el segundo (imputación ordinaria), el Estado de residencia sólo admite la deducibilidad de los impuestos satisfechos en el extranjero hasta el límite de la imposición que hubiera sido soportada de proceder la renta gravada de fuente doméstica y no foránea. En el caso de la imputación íntegra, este límite no es aplicable, siendo deducibles los impuestos satisfechos en el extranjero sin restricción alguna <sup>41</sup>.

Pues bien, la literalidad del artículo 10.2 de la Directiva podría llevar al error de considerar que dentro de su ámbito de aplicación sólo es válido el método de imputación íntegra, toda vez que dicho precepto alude a la admisibilidad de la deducción del impuesto nocional. De aceptarse la interpretación que propugnamos en el epígrafe anterior en relación con la aplicación de este precepto, es claro que no podría mantenerse en modo alguno la incompatibilidad de la modalidad de imputación ordinaria con la Directiva. En consecuencia, entendemos que la referencia a la deducción del impuesto extranjero en la misma forma y cuantía, que se habría calculado de no haberse aplicado la Directiva, permite que ambas modalidades del método de imputación sean igualmente compatibles con el precepto analizado <sup>42</sup>.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que el artículo 10.2 de la Directiva no pretende armonizar los métodos para eliminar la doble imposición internacional de los Estados miembros de la UE. Su única pretensión es obligar a los Estados miembros a que apliquen el método de imputación cuando, como consecuencia de la aplicación de la Directiva, no exista gravamen efectivo de las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación en el Estado de la fuente. Como consecuencia, tampoco deberían plantearse problemas particulares en aquellos casos en que los que el

<sup>41</sup> Sobre el funcionamiento básico de ambas modalidades del método de imputación, *vid.* CALDERÓN (1997), pág. 178 y ss. y VOGEL (1997), artículo 23 (paras. 168 y ss.).

<sup>42</sup> En este sentido, *vid.* HELMINEN (2009), págs. 203-204.

método de imputación aplicable, en cualquiera de sus modalidades, se deriva del CDI que exista entre los Estados de la residencia y de la fuente. Por este motivo puede plantearse la posibilidad de acomodar la aplicación de la cláusula convencional con los imperativos de la Directiva simplemente ajustando el método de imputación previsto en el CDI con el cálculo del impuesto nacional.

### 3.3.4. El cálculo del impuesto nacional

Ello nos lleva al tercer y más relevante interrogante que se nos plantea en la aplicación de este precepto: la determinación del impuesto nacional, esto es, el impuesto que habría sido satisfecho en el Estado de situación del EP de no haberse aplicado los beneficios de la Directiva de Fusiones<sup>43</sup>. A priori, en la medida en que la Directiva no establece ninguna guía o directriz para proceder al cálculo del impuesto nacional, parece quedar a la discrecionalidad de los Estados miembros la determinación del impuesto nacional. Con todo, no parece que los distintos modos en que los Estados miembros han procedido a incorporar reglas para la determinación de este impuesto a deducir puedan ser consideradas completamente respetuosas con los fines perseguidos por la norma comunitaria.

Este aspecto pasa, en nuestra opinión, por ser uno de los más *conflictivos* en la aplicación de la Directiva de Fusiones. Del tenor del artículo 10.2 de la Directiva se extrae con claridad la idea de que el impuesto nacional debería corresponderse con aquel que se habría devengado en el caso de que el Estado de la fuente no hubiera aplicado un régimen de diferimiento. Ello determinaría, pues, que el Estado de la residencia de la sociedad transmitente deba calcular el impuesto a deducir conforme a las normas tributarias del Estado de la fuente que resultaran aplicables al caso concreto. En tal sentido, lo que se produciría aquí es una *remisión completa* a la normativa tributaria del Estado de la fuente a fin de calcular el importe del impuesto nacional. Ésta parece ser la posición que, entre otros Estados miembros, ha adoptado Reino Unido a la hora de implementar el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones.

En efecto, de acuerdo con las previsiones de la sección 815A de la Ley del Impuesto sobre la Renta y Sociedades de 1988 de Reino Unido (*Income and Corporation Income Tax Act*), la deducción por el impuesto nacional se calcula de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente<sup>44</sup>. A los efectos de llevar a cabo la determinación del impuesto nacional, la normativa de Reino Unido obliga, no sólo a

<sup>43</sup> Debe tenerse en cuenta que este problema no se encuentra únicamente limitado al ámbito del artículo 10.2 de la Directiva, sino también cuando un Estado miembro haga uso de la previsión del artículo 11.2 de la Directiva en relación con la aplicación del régimen fiscal de diferimiento a entidades que sean consideradas transparentes. *Vid.* al respecto RUSO (2006), págs. 482-483.

<sup>44</sup> El tenor literal de este precepto se traduciría por:

«(2) En el caso de aportaciones en que las ganancias que hubiera obtenido la sociedad A hubieran sido gravadas de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro de no haber sido por las disposiciones de la Directiva de Fusiones, esta sección [...] se aplicará como si el importe del impuesto, calculado sobre la base requerida, que hubiera sido exigido sobre dichas ganancias de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente, hubiera sido satisfecho.

[...]

(5) A los efectos de la aplicación de esta sección, la base requerida se determinará:

(a) Deduciendo, en la medida en que la normativa del Estado de la fuente lo permita, las pérdidas resultantes de las ganancias que resultaran de la aportación, y

(b) Considerando que cualquier beneficio fiscal aplicable a la operación hubiera sido solicitado.»

Sobre ello, *vid.* COOKLIN (2009), pág. 37 y ss.

realizar el cómputo de la base imponible conforme a la normativa del Estado de la fuente, sino también a realizar un doble ajuste a los efectos de reducir dicha base en el importe en que la normativa interna del Estado de la fuente hubiera compensado pérdidas anteriores del EP con las ganancias patrimoniales obtenidas en la operación, lo cual a nuestro juicio puede ser considerado como un mecanismo *indirecto* para proceder a la recaptura de pérdidas<sup>45</sup>, y a presumir que cualesquiera beneficios fiscales que conforme a la normativa del Estado de la fuente se hubieran podido aplicar, fueron efectivamente aplicados.

Desde el punto de vista formal, entendemos que no puede hacerse ningún reproche a la normativa de Reino Unido, pues aparentemente cumple con el mandato al Estado de residencia de la sociedad transmitente emanado del artículo 10.2 de la Directiva. Sin embargo, la corrección formal de esta norma de transposición choca, en nuestra opinión, con ciertas dificultades a la hora de su aplicación práctica.

En principio, existen *dos posibilidades* de llevar a cabo la *remisión al Derecho del Estado de la fuente*. La primera de ellas pasaría porque la Administración tributaria del Estado de la residencia procediera a realizar el cálculo del impuesto nocial de modo directo, es decir, aplicar directamente la normativa extranjera para determinar el importe a deducir. A primera vista, esta opción puede plantear serias dificultades de orden práctico, al obligar a la Administración tributaria de un determinado Estado a aplicar la legislación de un Estado distinto sin recurrir, en principio, a la colaboración con la Administración tributaria del Estado de la fuente.

La segunda opción, en cambio, desplazaría los costes hacia el obligado tributario. El obligado debería recabar de la Administración tributaria del Estado de la fuente una certificación que detallara el importe del impuesto no exigido como consecuencia del diferimiento. Esta opción parece ser por la que han optado países como Reino Unido o Irlanda a la hora de implementar la Directiva de Fusiones<sup>46</sup>. Con todo, esta opción no deja de plantearnos serias dudas acerca de su practicabilidad y su conformidad con la propia Directiva.

En primer lugar, no deja de ser cuestionable el hecho de que una Administración tributaria se encuentre obligada a expedir una certificación de los impuestos no exigidos como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento. Del artículo 10.2 de la Directiva entendemos que no puede extraerse, en principio, ninguna obligación explícita, ni implícita para el Estado de situación del EP sobre este extremo<sup>47</sup>. Por lo tanto, parece complicado que el contribuyente pueda cumplir el

<sup>45</sup> En efecto, en la medida en que las pérdidas que hubiera obtenido el EP previas a la transmisión sean compensadas, en las condiciones previstas en la normativa interna del Estado de la fuente, con las ganancias que afloraran al realizarse la aportación, se produce una reducción del importe del impuesto nocial a deducir en el Estado de la residencia. Esta reducción del impuesto nocial como consecuencia de la compensación de pérdidas permite que el Estado de la residencia pueda recapturar, en cierta medida, las pérdidas que hubiera permitido deducir en sede de la sociedad transmitente. De hecho, en el caso en que las legislaciones de ambos Estados fueran coincidentes, este mecanismo permitiría al Estado de la residencia verse resarcido por la compensación de pérdidas previas del EP que hubiera permitido en sede de la sociedad transmitente hasta el límite de las ganancias que se hubieran obtenido al realizar la operación.

<sup>46</sup> En relación con la normativa de Reino Unido, *vid.* IBFD (2003), Anexo 15 (Reino Unido), pág. 23. Sobre la transposición de la Directiva de Fusiones en Irlanda, nos remitimos a ERNST & YOUNG (2009), págs. 741-742.

<sup>47</sup> A pesar de la inexistencia de una obligación en este sentido en el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones de la que sea destinatario el Estado de situación del EP, cabría plantear la posibilidad de que del principio de cooperación leal del actual artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea se derivara una obligación implícita del Estado de la fuente. Sin embargo,

requisito impuesto por las normativas referidas. Además, aunque pudiera considerarse que el Estado de la fuente tenga la obligación de expedir la certificación del impuesto diferido, la legislación interna de los Estados referidos exigiría que dicho impuesto se calculara por el Estado de la fuente admitiendo la deducibilidad de las pérdidas anteriores y la aplicación de los beneficios fiscales que hubieran podido ser solicitados, en su caso, por el contribuyente <sup>48</sup>.

Ahora bien, entendemos que la posibilidad de vincular de modo exclusivo la aplicación del método de imputación conforme a lo previsto en el artículo 10.2 de la Directiva al hecho de que el contribuyente obtenga un certificado de la Administración tributaria del Estado de la fuente no puede considerarse conforme a la propia Directiva, al imponer un requisito no establecido en su articulado para acceder a los beneficios en ella contenidos <sup>49</sup>. Así cabría plantearse qué consecuencias tiene para el contribuyente la negativa del Estado de la fuente a expedir un certificado en que se señale el importe de un impuesto que, en aplicación de la propia Directiva no ha sido exigido, sino diferido <sup>50</sup>.

El último reproche que nos plantea esta opción de transposición de la Directiva de Fusiones viene desde el punto de vista del propio contribuyente. Uno de los principales argumentos a favor de la aplicación de los regímenes de diferimiento en las operaciones de reorganización viene del hecho de que *en estas operaciones no se pone de manifiesto liquidez*. Como consecuencia de ello, la exigencia del impuesto, que de otro modo se habría devengado, puede plantear problemas para las empresas que optan por reorganizar sus patrimonios al no llevar aparejada la operación una manifestación de liquidez. De conformidad con ello puede colegirse que la opción de hacer depender la deducción del impuesto nocial de la actuación de la Administración tributaria extranjera puede generar, en su caso, un problema de liquidez. Esto sucedería en aquellos casos en que para la deducción del impuesto nocial fuera necesario acreditar la cuantía de dicho impuesto mediante la exhibición de un certificado, pues mientras dicho certificado no fuera exhibido, en principio, parece que las ganancias patrimoniales que se habrían puesto de manifiesto serán objeto de gravamen por el Estado de la residencia sin que provisionalmente se aplicara ninguna medida que permitiera eliminar el solapamiento de gravámenes entre los Estados intervinientes.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en que fuera España el Estado de situación del EP. Hay que destacar, como punto de partida, que la normativa actual no establece ningún procedimiento que pudiera dar lugar a la acreditación de los impuestos diferidos en aplicación de la Directiva de Fusiones, y cuya finalidad fuera que el contribuyente no residente acreditara tal importe ante la Administración

---

entendemos que es difícil plantear la cuestión en estos términos, pues, en principio, no nos encontramos ante un supuesto en que se obstaculiza el efecto útil de las disposiciones de Derecho comunitario derivado por el Estado de situación del EP, sino ante una norma de transposición adoptada unilateralmente por un Estado miembro. *Vid.* DIEZ-HOCHLEITNER y MARTÍNEZ CAPDEVILLA (2001), § 2, artículo 10.

<sup>48</sup> *Vid.* nota 46 anterior.

<sup>49</sup> *Vid.* IBFD (1995), pág. 50.

<sup>50</sup> Aparentemente en el caso de Reino Unido el problema se soluciona mediante la aplicación del Derecho del Estado de la fuente por parte de las autoridades nacionales. Así, cuando las autoridades del Estado de la fuente no expiden el certificado de impuestos diferidos, el contribuyente tiene la posibilidad de acudir a la *Board of Inland Revenue*, la cual procederá, en su caso, a la determinación del impuesto nocial mediante el recurso a la legislación del Estado de la fuente. Sobre ello, *vid.* TOMSETT (2008b), § 4.10.1.1.



tributaria de su Estado de residencia a efectos de la deducción del impuesto nocial. En cualquier caso, aunque dicho procedimiento existiera, es probable que el mismo conllevaría, *cuanto menos*, la realización de las operaciones de comprobación y valoración propias del procedimiento de comprobación limitada, cuya duración puede prolongarse hasta los seis meses desde su inicio<sup>51</sup>. Esta circunstancia podría suponer para la sociedad transmitente el citado problema de liquidez cuando en su Estado de residencia fuera exigible el gravamen sobre las plusvalías generadas en la filialización del EP *antes* de que hubiera concluido el procedimiento en el Estado español para certificar el impuesto nocial.

Pues bien, en el caso de España, a diferencia de lo que ocurre en las normativas referidas anteriormente, la remisión a la legislación del Estado de la fuente no parece realizarse con la misma intensidad, acercándose a una mera comparación de los tipos de gravamen a efectos de determinar la cuantía del impuesto nocial. Esta conclusión, como veremos en el epígrafe 4.2, permite una mejor practicabilidad a la hora de aplicar esta previsión, aunque puede considerarse en alguno de sus extremos conflictiva con la propia Directiva de Fusiones y, en ocasiones, podría cuestionarse su eficacia a la hora de eliminar la doble imposición que se habría producido sobre las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación.

## 4. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

### 4.1. Consecuencias cuando *no es de aplicación* el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

La normativa española del Impuesto sobre Sociedades (IS) contempla la posibilidad de aplicar para eliminar la doble imposición internacional tanto el método de exención como el de imputación. Cuando *no* resulta aplicable el régimen previsto en un CDI, el método que con carácter general prevé la LIS es el de *imputación en su modalidad ordinaria o limitada* (vid. art. 31 LIS)<sup>52</sup>. La aplicación de este método requiere que el contribuyente del IS haya satisfecho *efectivamente* un impuesto en el extranjero por la obtención de una concreta renta.

Al mismo tiempo, la LIS contempla la posibilidad de optar por la aplicación del *método de exención*. Sin embargo, este método no se prevé para cualquier tipo de renta de fuente extranjera, sino solamente cuando se trata de las rentas mencionadas en los artículos 21 y 22 de la LIS. En particular, nos interesa aquí el artículo 22 de la LIS que regula una exención sobre las rentas obtenidas en el extranjero a través de un EP situado fuera del territorio español. Como ha señalado la propia Dirección General de Tributos (DGT), esta exención alcanza también a las ganancias derivadas de la ena-

<sup>51</sup> Vid. artículo 104.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

<sup>52</sup> En efecto, el artículo 31.1 de la LIS permite la deducción de los impuestos satisfechos pagados en el extranjero pero con el límite del «importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español».

jenación de un EP<sup>53</sup>. La aplicación de la exención precisa que el EP cumpla una serie de requisitos, destacando especialmente el hecho de que el EP deba desarrollar actividades económicas<sup>54</sup>. Asimismo, esta exención se articula como un derecho de opción del contribuyente con respecto al método general de imputación del artículo 31 de la LIS. Lógicamente, la aplicación de un método excluye la aplicación del otro, como recuerdan los artículos 21.3 c) y 22.4 de la LIS.

Pues bien, cuando un contribuyente del IS español transmite un EP en el marco de una operación de reorganización o cualquier otra de naturaleza similar, puede optar por aplicar el régimen especial de diferimiento que prevé la LIS en su Capítulo VIII (arts. 83 a 96 LIS). Es aquí donde el ordenamiento español implementa la Directiva de Fusiones<sup>55</sup>. No obstante, la normativa española amplía el ámbito de aplicación de este régimen, en la medida en que resulta aplicable tanto si el EP está situado en un Estado de la UE como cuando se encuentra en un Estado tercero, si bien para este último caso la LIS supedita la aplicación del régimen especial a que el EP situado en un territorio tercero se transmita a favor de un entidad residente en España, esto es, la sociedad beneficiaria de la filialización del EP debe ser contribuyente del IS español<sup>56</sup>. En consecuencia, el régimen de diferimiento no se aplica cuando el EP situado en el extranjero se transfiere a una sociedad no residente en la UE.

En cualquier caso, bien cuando el régimen especial no es aplicable, bien cuando el contribuyente no opte por él (art. 96 LIS), los métodos de exención e imputación de los artículos 22 y 31 de la LIS resultan aplicables, en principio, a cualquier operación de filialización de un EP cuando la sociedad transmitente reside en España y el EP de esta entidad española está situado en el extranjero.

El primer problema que plantea la aplicación de cualquiera de estos dos métodos es similar al analizado en el epígrafe 2 al hilo de los CDI. Se trata de comprobar si es posible aplicar los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia cuando el Estado de la fuente no grava efectivamente la operación de filialización del EP por la concesión de un régimen de diferimiento.

En efecto, *aunque se trata de una cuestión discutible*, sobre todo en el marco de la exención del artículo 22 de la LIS cuando con el Estado de situación del EP España ha celebrado un CDI<sup>57</sup>, los

<sup>53</sup> En la Consulta de 26 de diciembre de 2003, n.º 2478/2003 (NFC018938), la DGT señala expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 22 de la LIS a la renta positiva puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Debemos significar que la consulta se refiere al precepto equivalente del artículo 22 de la LIS en la normativa anterior, esto es, el artículo 20 ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

<sup>54</sup> En particular, el artículo 22.1 a) de la LIS exige que las rentas del EP procedan de la realización de actividades económicas en el extranjero. Este requisito se cumple cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio se corresponden con rentas empresariales obtenidas en el extranjero. Por otra parte, el artículo 22.1 b) de la LIS exige otros dos requisitos que afectan al territorio donde el EP está situado: dicho territorio no debe tener la condición de paraíso fiscal a los efectos de la normativa española y el EP debe estar gravado allí por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español. Este último requisito *se considerará cumplido* cuando el EP está situado en un Estado con el que España tenga suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información [vid. arts. 21.1 b) y 22.1 b) LIS].

<sup>55</sup> El carácter opcional de este régimen se deduce del artículo 96 de la LIS.

<sup>56</sup> Vid. las letras «b» y «d» del artículo 84.1 de la LIS.

<sup>57</sup> Respecto al método de exención del artículo 22 de la LIS entendemos que podría resultar aplicable en algunos casos –sobre todo cuando es aplicable un CDI–, a pesar de que no haya habido tributación efectiva en el Estado de la fuente. Y ello porque el artículo 22.1 b) de la LIS sólo exige que el EP haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS. En la medida en que este requisito se considera cumplido cuando el territorio donde está ubicado el EP ha firmado con España un CDI con cláusula de intercambio de información, sería posible aplicar la exención del artículo 22 de la LIS a pesar

métodos de exención e imputación que prevé la LIS no resultarían en principio aplicables cuando el Estado de la fuente no ha gravado efectivamente la operación de enajenación del EP, a pesar de que tal ausencia de gravamen tenga su causa en un régimen de diferimiento. Por su parte, la renta puesta de manifiesto por la filialización del EP sí resultaría gravada en España como Estado de residencia de la sociedad transmitente, toda vez que esta entidad tendría que integrar en la base imponible del IS del periodo impositivo en el que transmite el EP una renta equivalente a la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos (EP) y su VC (*vid.* apartados 1 y 3 del art. 15 LIS). Evidentemente, si el Estado de la fuente hubiera gravado de manera efectiva la operación, resultarían aplicables en España, como Estado de residencia, tanto los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la LIS como, en su caso, los que deriven de la aplicación de un CDI <sup>58</sup>.

Por otra parte, la aplicación de los métodos previstos en los artículos 22 y 31 de la LIS requiere tener en cuenta otros extremos. La normativa española permite imputar en la base imponible del IS las pérdidas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero, incluso cuando el método utilizado por el contribuyente del IS en relación con dicho EP es el método de exención del artículo 22 de la LIS <sup>59</sup>. No obstante, la aplicación de este método, cuando con anterioridad el contribuyente del IS se ha deducido las pérdidas obtenidas a través de un EP, exige (re)integrar o recapturar dichas pérdidas. Por ello, cuando existen rentas negativas del EP previamente imputadas en la base imponible del IS, la exención del artículo 22 de la LIS sólo se puede aplicar sobre el exceso. De hecho, este requisito, como se deriva del artículo 22.2 de la LIS, es aplicable tanto en el ámbito del método de exención como en el de imputación: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista en este artículo o la deducción a que se refiere el artículo 31 de esta ley sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas».

A la vista de lo anterior, se advierte que los métodos de exención e imputación de la LIS, cuando anteriormente se han imputado rentas negativas del EP, sólo se pueden aplicar sobre el exceso, esto es, sobre las rentas positivas generadas a través del mismo EP que superen la cuantía de las de carácter nega-

---

de que no se haya soportado tributación alguna en el Estado de la fuente por la aplicación de un régimen de diferimiento. De hecho, aunque en el marco del artículo 21 de la LIS, la DGT ha admitido la aplicación de la exención que ahí se establece aunque la sociedad participada no tributaba o apenas tributaba en el Estado donde residía. Y ello como consecuencia de que esa sociedad residía en un Estado que tenía un CDI con España con cláusula de intercambio de información. *Vid.* las Consultas de la DGT de 5 de abril de 2005, n.º V0565/2005 (NFC020760) y de 4 de diciembre de 2007, n.º V2613/2007 (NFC028019).

<sup>58</sup> De hecho en España se viene admitiendo la posibilidad de renunciar a la aplicación del método de imputación previsto en un CDI cuando se cumplen los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS. Aunque no pretendemos profundizar aquí sobre ello, debemos significar que esta posibilidad de inaplicar el régimen de un CDI en beneficio de lo establecido por el Derecho interno podría considerarse un incumplimiento del CDI. Asimismo, esta posibilidad puede distorsionar el equilibrio que en esta materia pretenden establecer los CDI. *Vid.* CALDERÓN (2005), págs. 988-995 y HORTALÀ (2007), págs. 711-712.

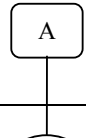
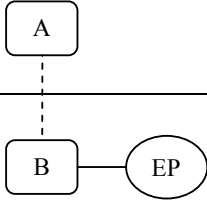

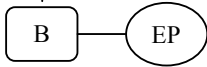
<sup>59</sup> Cuando se trata de aplicar el método de exención previsto en un CDI en relación con las rentas obtenidas a través de un EP, con carácter general no es posible compensar en el Estado de residencia las rentas negativas obtenidas a través del mismo, salvo que el CDI lo establezca expresamente, como sucede en los CDI celebrados por España con Bélgica (1970, art. 23.2) y los Países Bajos (1971, art. 25.5). A pesar de ello, las autoridades españolas han venido admitiendo la posibilidad de imputar las rentas negativas del EP si posteriormente, a la hora de aplicar el método de exención previsto en el CDI, las mismas se recapturaban. Para ello se ha exigido que se cumpliera lo previsto en el método de exención de la legislación española, aunque el CDI aplicable no estableciera la posibilidad de recapturar pérdidas. Sobre ello *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 1.006-1.012.

tivo ya compensadas <sup>60</sup>. En suma, *la normativa española contempla una cláusula de recaptura de pérdidas (completa) que afecta por igual a ambos métodos para eliminar la doble imposición internacional.*

La razón de que se aplique a ambos métodos una cláusula de recaptura de pérdidas tiene por finalidad garantizar la de que funcionen de manera neutral <sup>61</sup>.

A continuación pondremos una serie de ejemplos para explicar lo anterior.

### CUADRO 3.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (España)		
Estado de la fuente (Estado tercero <sup>62</sup> )		

#### EJEMPLO 1:

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que previamente a la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

En este caso, conforme a la normativa española, la entidad A tendría que tributar por la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP (35). Y ello con independencia de que el Estado de la fuente haya gravado o no la operación y de cuál fuera el método para eliminar la doble imposición que resultara aplicable. Nótese que tanto en aplicación del método de exención o imputación de la legislación española, tal y como están regulados, *ninguno sería aplicable en este caso* porque

<sup>60</sup> SERRANO (2007), pág. 31.

<sup>61</sup> SERRANO (2007), pág. 32.

<sup>62</sup> Podría tratarse también de un Estado de la UE cuando no se ha optado por el régimen especial que prevé la LIS en aplicación de la Directiva de Fusiones.

la renta derivada de la enajenación del EP (35) es inferior a las rentas negativas del EP previamente imputadas (140).

### EJEMPLO 2:

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La cláusula de recaptura de pérdidas prevista en el artículo 22.2 de la LIS obligaría a la entidad A a integrar en su base imponible del IS la cantidad de 140 –que son las rentas negativas previamente imputadas–. Por el exceso (60), esto es, la diferencia entre 140 y 200, se aplicarían los métodos de exención e imputación que prevé la LIS siempre y cuando la operación hubiera estado gravada efectivamente en el Estado de la fuente. No obstante, dichos métodos podrían resultar no aplicables si el Estado de la fuente no ha gravado la operación por aplicar un régimen de diferimiento<sup>63</sup>.

En cualquier caso, antes de abordar las consecuencias de esta operación aplicando el régimen especial de la Directiva, tal y como lo recoge la LIS, debemos poner de manifiesto que el hecho de que también se aplique una cláusula de recaptura de pérdidas en el marco del método de imputación impide que el Estado de residencia pierda definitivamente la posibilidad de recapturar las pérdidas ya aplicadas<sup>64</sup>. De lo contrario, esto es, *si no fuera posible tal recaptura*, el método de imputación podría resultar más favorable que el de exención, produciéndose, en cierto modo, un resultado asimétrico entre ambos métodos<sup>65</sup>.

## 4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

El artículo 92 de la LIS desarrolla el artículo 10 de la Directiva de Fusiones. Como hemos señalado en el epígrafe 3, este precepto de la Directiva es el que se refiere específicamente al régimen

<sup>63</sup> No obstante, si el EP estuviera situado en un país con el que España tiene un CDI con cláusula de intercambio de información se facilitaría la aplicación de la exención a pesar de no haber tributación efectiva en el Estado de la fuente.

<sup>64</sup> No obstante, si el Estado de la fuente ha tomado en cuenta, para calcular la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP, las rentas negativas previamente obtenidas por el mismo, es posible que se hubiera llegado a un resultado similar al que se deriva de la normativa española en su condición de Estado de residencia. Los propios Comentarios al artículo 24.3 del MC OCDE [paras. 40 c) y 40 d)] reconocen expresamente la posibilidad de que el Estado de la fuente, al calcular la renta derivada de la enajenación del EP, tenga en cuenta las rentas negativas anteriores en la medida en que no se hubieran ya compensado. En cualquier caso, para que el resultado fuera similar en ambos Estados, sería necesario que la renta negativa generada por el EP antes de su enajenación coincidiera tanto en el Estado de residencia como en el de la fuente. Es improbable que ello suceda, pues a pesar de ser el mismo EP y la misma renta, cada Estado determina dicha renta conforme a su propia normativa, por lo que no se asegura que el resultado sea el mismo.

<sup>65</sup> Nótese que, utilizando los mismos datos de los ejemplos anteriores, de no aplicarse la cláusula de recaptura de pérdidas, la entidad A, con el método de imputación, hubiera podido compensarse la renta negativa de 140 obtenida con carácter previo a la enajenación del EP y, al mismo tiempo, incluir la renta derivada de la enajenación del EP en la base imponible, pero deduciéndose el impuesto pagado en el extranjero *por la totalidad de la renta obtenida* y no sólo por el exceso sobre las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Por el contrario, el método de exención sólo se habría aplicado sobre el exceso.

que el Estado de residencia de la sociedad transmitente tiene que aplicar, entre otras, a las operaciones de filialización de establecimientos permanentes.

Hasta la modificación que sufrió en 2006 dicho precepto, el método previsto por la LIS para tratar estas operaciones era el de exención. La aplicación de este método se complementaba con el establecimiento de una cláusula de recaptura de pérdidas, tal y como autoriza el apartado segundo del artículo 10.1 de la Directiva. Esta cláusula se caracterizaba porque si bien no establecía ningún *límite cuantitativo*, sí contemplaba un *límite de carácter temporal* (10 años) en relación con las pérdidas del EP que debían ser objeto de recaptura siempre y cuando se hubieran integrado *efectivamente* en la base imponible de la sociedad transmitente antes de la enajenación del EP <sup>66</sup>.

La modificación que sufrió en 2006 el artículo 92 no supuso la desaparición del método de exención. No obstante, haciendo uso de la posibilidad que contempla el artículo 10.2 de la Directiva, se aprovechó la ocasión para introducir también el método de imputación. Como tendremos ocasión de ver aquí, el resultado de esta modificación, en la que conviven los métodos de exención e imputación, es un régimen bastante más complejo que el que existía con anterioridad, si bien el mismo está estructurado de tal modo con el fin de que funcione de la manera más neutral posible, tanto cuando el Estado de la fuente aplica un régimen de diferimiento como cuando ese Estado grava efectivamente la operación de filialización del EP <sup>67</sup>.

En virtud del artículo 92 de la LIS, la ganancia puesta de manifiesto por la enajenación del EP está exenta siempre que cumpla los requisitos del artículo 22 de la misma norma. Dicho precepto es el que, como hemos visto, establece una exención sobre las rentas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero. Asimismo, el artículo 92 de la LIS, en consonancia con el artículo 10.1 de la Directiva, establece una cláusula de recaptura de pérdidas, que afecta a las rentas negativas derivadas del EP, en la medida en que se hubieran integrado en la base imponible del IS de la sociedad transmitente y no se hubieran recuperado, en todo o en parte, con cargo a rentas positivas del EP producidas antes de su enajenación. El artículo 92 de la LIS *no prevé ningún límite temporal respecto a las rentas negativas del EP que hay que computar*, por lo que habrá que tener en cuenta *las que se hubieran producido e imputado* (y no se hayan recuperado) *a lo largo de toda la vida del EP*. No obstante, el artículo 92 de la LIS fija un límite cuantitativo: el importe de las rentas negativas objeto de recaptura nunca podrá superar «el límite de la renta positiva derivada de la transmisión del [EP]».

<sup>66</sup> El artículo 92 de la LIS, antes de su modificación en 2006 por la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales, señalaba lo siguiente: «cuando se transmita un [EP] la base imponible de las entidades transmitentes residentes en territorio español se incrementará en el importe del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el [EP] en los 10 ejercicios anteriores». Hasta el año 2000 dicho precepto tenía una redacción similar, si bien el límite temporal era de siete años. Al no contemplar la LIS ningún límite cuantitativo para la cláusula de recaptura de pérdidas, a salvo del límite de carácter temporal señalado, era perfectamente posible que la ganancia derivada de la enajenación del EP fuera inferior al importe de las rentas negativas aplicadas del EP que debían ser reintegradas en la base imponible de la sociedad transmitente. Como consecuencia de ello, era posible que hubiera que realizar un ajuste positivo en la base imponible de la sociedad transmitente, en el ejercicio en que filializa el EP, superior al importe de la ganancia obtenida. Esta situación fue criticada por la doctrina porque no favorecía que el régimen fuera neutral, y eso explica, como veremos ahora, que en la actualidad la LIS no contemple ningún límite temporal pero sí un límite cuantitativo a la obligación de recapturar las pérdidas, que coincide precisamente con el importe de la ganancia obtenida por la enajenación del EP. *Vid.* al respecto LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA (2009), NM 4.312.1 y ss.

<sup>67</sup> MENÉNDEZ (2006b), pág. 56.

En consecuencia, cuando se aplica el método de exención, aunque la renta positiva derivada de la enajenación del EP está exenta, la sociedad transmitente tiene que soportar las consecuencias derivadas de la cláusula de recaptura de pérdidas del artículo 92 de la LIS, lo cual supone en la práctica que la renta positiva derivada de la enajenación del EP «materialmente tributa», ya que procederá realizar un ajuste extracontable de signo positivo por el importe de las pérdidas que sean objeto de recaptura<sup>68</sup>. O dicho de otro modo, la recaptura de pérdidas se articula aplicando el ajuste positivo sobre la base imponible, derivado de los artículos 22 y 92 de la LIS, *pero sólo hasta el límite de las pérdidas* que vayan a ser recuperadas por el Estado español, no produciéndose ajuste alguno por el exceso de ganancias estimadas sobre las pérdidas. Evidentemente, cuando no existieran pérdidas previas que hubieran sido compensadas y no reintegradas en años anteriores, sería innecesario practicar ajuste alguno, ni positivo ni negativo, en la base imponible del IS, ya que el efecto de la exención sería equivalente a las reglas de mantenimiento del VC derivadas de la nueva normativa contable. En suma, cuando sea aplicable la recaptura de pérdidas en el marco del método de exención será necesario realizar un ajuste, bien por parte del importe de las ganancias manifestadas, cuando las pérdidas a recuperar sean inferiores a la ganancia obtenida, bien por el total de las ganancias, cuando las pérdidas sean iguales o superiores al importe de la ganancia derivada de la transmisión<sup>69</sup>.

Pues bien, hay que poner de relieve que las consecuencias que se derivan del artículo 92 de la LIS son exactamente las mismas que las que concurren en el marco del artículo 22 de la LIS: la aplicación de la exención sólo sobre la parte de la renta positiva que excede las rentas negativas, previamente imputadas, que prevé el artículo 92 de la LIS, tiene los mismos efectos que lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LIS: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista [...] sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas». Por lo tanto, la aplicación del artículo 92 de la LIS *no mejora sustancialmente* la exención que prevé con carácter general el artículo 22 de la LIS.

El segundo párrafo del artículo 92 de la LIS prevé el método de imputación. Como hemos visto, este precepto supedita la aplicación del método de exención al cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 22 de la LIS. Cuando la renta (positiva) derivada de la enajenación del EP *no cumple* los requisitos de ese precepto, el artículo 92 de la LIS dispone que la operación se tratará conforme al método de imputación<sup>70</sup>. En particular se señala lo siguiente:

<sup>68</sup> Entendemos que en estos casos sería aplicable la norma 21.2 del Plan General de Contabilidad en lo referido a aportaciones no dinerarias de negocio. Consecuentemente, no se reconocería beneficio contable por la operación, registrándose las participaciones recibidas conforme al VC del negocio (el EP). *Vid.* SANZ GADEA (2009), pág. 140. De no ser aplicable esta norma, en la contabilidad deberá reconocerse beneficio (o pérdida) por la diferencia entre el VC y el valor razonable de los elementos aportados, lo cual determinaría, en el marco de la aplicación de la exención del artículo 92 de la LIS, que debiera realizarse un ajuste negativo a efectos de reflejar la aplicación del método de exención. Tal ajuste procedería *cuando no existieran pérdidas a recapturar*, en cuyo caso el ajuste se practicaría por el importe total de la ganancia exenta, o cuando aquéllas fueran inferiores al importe de la ganancia, en cuyo caso se realizaría el ajuste únicamente por la cuantía del exceso.

<sup>69</sup> El artículo 92 de la LIS, en su redacción anterior al 2006, al no establecer ningún límite cuantitativo a la cláusula de recaptura de pérdidas, podría implicar la obligación de practicar un ajuste positivo superior al referido. En efecto, al no establecerse como límite para la recaptura de pérdidas el importe de las ganancias obtenidas, el ajuste positivo procedería por el importe total de las pérdidas que se hubieran deducido y no reintegrado dentro de los límites temporales establecidos (*vid.* nota 66 anterior).

<sup>70</sup> MENÉNDEZ (2006b), págs. 54-56.

«[si la renta positiva derivada de la enajenación del EP] no cumple los requisitos establecidos en el [art. 22 LIS], el importe de la renta que supere el referido exceso se integrará en la base imponible de las entidades transmitentes, sin perjuicio de que se pueda deducir de la cuota íntegra el impuesto que, de no ser por las disposiciones de la [Directiva de Fusiones], hubiera gravado esa misma renta integrada en la base imponible, en el Estado miembro en que esté situado dicho [EP], con el límite del importe de la cuota íntegra correspondiente a esta renta integrada en la base imponible.»

Como se puede observar, lo que regula realmente aquí el artículo 92 de la LIS es la deducción del *impuesto nocial* derivado del artículo 10.2 de la Directiva, habida cuenta que es claro que el método de imputación del artículo 31 de la LIS no sería aplicable cuando el Estado de la fuente, esto es, donde se encuentra el EP que se filializa, no exige impuesto alguno por la aplicación de un régimen de diferimiento. En efecto, como hemos visto en el epígrafe 4.1, el artículo 31 de la LIS sólo resultaría aplicable si se ha satisfecho efectivamente un impuesto en el Estado de la fuente como consecuencia de la operación de filialización del EP.

El primer aspecto que hay que destacar del método de imputación que prevé el artículo 92 de la LIS es que establece una cláusula de recaptura de pérdidas, al igual que el método de imputación previsto, con carácter general, en el artículo 31 de la LIS. En efecto, aunque formalmente no se prevé dicha cláusula, materialmente se producen los mismos efectos, toda vez que el artículo 22.2 de la LIS establece que sólo se podrá practicar la deducción por doble imposición internacional del artículo 31 de la LIS sobre las rentas positivas que superen, en su caso, las rentas negativas netas procedentes de periodos impositivos anteriores de un EP que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad. Al igual que sucedía en el ámbito del método de exención, la cláusula de recaptura de pérdidas implicará un ajuste en la base imponible, toda vez que la renta positiva derivada de la enajenación del EP no estará incluida en el resultado contable de la sociedad transmitente<sup>71</sup>. Evidentemente, al tratarse del método de imputación, no habrá que realizar ajuste negativo alguno sobre el resultado contable, todo ello sin perjuicio de que lo que proceda aquí es practicar la deducción en cuota que corresponda.

Pues bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 92 de la LIS señala que la sociedad transmitente podrá deducirse el impuesto nocial, pero el mismo no se calculará sobre la totalidad de la renta positiva incluida en el resultado contable, sino sólo sobre la parte de dicha renta que exceda las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Pues bien, como posteriormente veremos, el artículo 92 de la LIS, además de reconocerse la deducción del impuesto nocial sólo sobre dicho exceso, limita esta deducción en los mismos términos que lo hace el método de imputación ordinaria. En efecto, el importe del impuesto nocial –calculado sólo sobre el exceso– que puede deducirse de la cuota no puede ser superior a la parte de cuota del IS correspondiente a esa renta [*vid.* arts. 31.1 b) y 92 LIS].

En nuestra opinión, la regulación de la deducción del impuesto nocial que realiza el artículo 92 de la LIS plantea un buen número de interrogantes.

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre que la deducción del impuesto nocial sólo es aplicable sobre la parte de la renta positiva derivada de la enajenación del EP que exceda, si es que se

<sup>71</sup> Estas consideraciones se realizan partiendo de que es de aplicación la regla de continuidad valorativa prevista en la norma 21.2.2 del Plan General de Contabilidad (*vid.* nota 68 anterior).



han producido, las rentas negativas previamente compensadas del tal EP<sup>72</sup>. Evidentemente, si la renta positiva es inferior al importe de las rentas negativas, no podría deducirse impuesto nocial alguno.

Este régimen puede resultar especialmente conflictivo, porque la LIS se está refiriendo a la renta *calculada conforme la normativa española*. Como consecuencia de ello, la doble imposición que se produce en estos casos sólo se eliminaría completamente si conforme a la normativa del Estado de la fuente, en caso de haberse gravado efectivamente la operación, la renta del EP que se hubiera sometido a gravamen coincide en cuantía con la renta sobre la que España como Estado de residencia admite la aplicación de la deducción del impuesto nocial. Lógicamente, en la medida en que la normativa sobre imposición de la renta no está armonizada, ni siquiera en el contexto de la UE, es perfectamente posible, incluso muy probable, que dicha coincidencia no se produzca en la realidad, pudiéndose ser múltiples motivos los que expliquen este fenómeno. Si no se produce esta premisa, es posible que no se elimine completamente la doble imposición, sobre todo cuando la renta sobre la que se puede aplicar en España como Estado de residencia el impuesto nocial es inferior en cuantía a la determinada conforme a la normativa del Estado de la fuente. Sin embargo, las circunstancias anteriores no son suficientes para considerar que el artículo 92 de la LIS incumple la Directiva, porque el mismo problema se hubiera producido de no resultar aplicable. En efecto, la renta determinada conforme a la normativa del Estado de residencia, al ser distinta, no tiene por qué coincidir con la resultante a la luz del ordenamiento del Estado de la fuente.

En todo caso, el hecho es que *la normativa española sólo reconoce la aplicación del impuesto nocial sobre el exceso*. El cálculo del impuesto nocial que se puede deducir se realizaría, dada la dicción del artículo 92 de la LIS, tomando como punto de partida la renta determinada conforme a la normativa española, a la que se aplicaría el tipo de gravamen del Estado de la fuente y se compararía con el de España como Estado de residencia, para comprobar si se rebasa o no el límite inherente al método de imputación ordinaria<sup>73</sup>. Cuando el tipo de gravamen del Estado de la fuente sea mayor que el español, tampoco se reconocería la posibilidad de deducir cuantía alguna por la diferencia.

La normativa española, por lo tanto, recoge a la hora de calcular el impuesto nocial una solución intermedia si se compara con la *remisión completa* al ordenamiento del Estado de la fuente que han hecho algunos Estados de la UE al desarrollar el artículo 10.2 de la Directiva. Se trata de una *remisión limitada o parcial*, pues la renta se calcula conforme a la normativa española, si bien el importe de la deducción se determina aplicando el tipo de gravamen del Estado de la fuente en comparación con el previsto en la normativa española. Este sistema facilita indudablemente a la Administración tributaria (española) la comprobación de si se ha aplicado correctamente la deducción del impuesto nocial. Los contribuyentes también salen beneficiados por este sistema de remisión incompleta, pues evitan los problemas de liquidez que se pueden plantear cuando la legislación de un Estado de la UE condiciona la deducción del impuesto nocial a que su importe sea certificado por la Administración del Estado de la fuente. Y ello porque puede dificultar seriamente la práctica de la deducción, bien porque el Estado de la fuente se niegue a emitir la certificación, bien

<sup>72</sup> ALGUACIL (2006), pág. 66.

<sup>73</sup> MARTÍNEZ (2007), págs. 27-31. Debemos significar que este trabajo se refiere formalmente a la normativa alavesa, si bien la misma materialmente coincide con el régimen previsto en la LIS.

porque pueda necesitarse mucho tiempo para obtenerla, especialmente cuando el Estado de la fuente quiera comprobar previamente la situación tributaria del EP antes de comunicar cuál hubiera sido el impuesto que hubiera gravado la operación de filialización.

No obstante, a pesar de las ventajas señaladas, la remisión parcial al ordenamiento del Estado de la fuente que prevé la normativa española puede resultar problemática cuando nos encontramos ante una operación de filialización en la que *el Estado de la fuente ha certificado expresamente cuál hubiera sido el impuesto que se hubiera pagado de no aplicarse el régimen de diferimiento*. Cuando ello tenga lugar, podrían darse hasta tres situaciones posibles.

La primera sería la más sencilla de resolver: no se han aplicado rentas negativas del EP en España como Estado de residencia. Si es así, simplemente habría que comparar la cuota del IS derivada de la integración en la base imponible de la renta positiva derivada de la enajenación del EP con el impuesto (nocial) que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber diferimiento.

La segunda situación sería cuando las rentas negativas que se recapturan son superiores a la renta positiva obtenida por la enajenación del EP. Aquí el artículo 92 de la LIS no permite en ningún caso la deducción del impuesto nocial, porque el mismo sólo se prevé sobre la parte de la renta positiva que excede de las pérdidas que se recapturan. *Si no hay exceso no hay crédito nocial*. En esta situación, no sería posible deducir impuesto nocial alguno en el IS español ni siquiera cuando el contribuyente tuviera en su poder un certificado emitido por el Estado de la fuente en el que se acredita la obligación de haber pagado un impuesto (y su cuantía) de no haber habido diferimiento. Pues bien, incluso en estos casos consideramos que la LIS tampoco sería contraria a la Directiva, pues la misma situación se hubiera dado en ausencia de Directiva o de la aplicación en el Estado de la fuente de un régimen de diferimiento <sup>74</sup>.

La tercera situación se produce cuando conforme a la LIS sí cabe calcular el impuesto nocial sobre la diferencia de la renta positiva que excede las rentas negativas aplicadas y, al mismo tiempo, al igual que en el caso anterior, el contribuyente cuenta con un certificado del Estado de la fuente del impuesto nocial. Esta tercera situación plantea dos tipos de preguntas.

La primera sería si la Administración tributaria española tendría obligación de calcular de nuevo el impuesto nocial a la vista del certificado del Estado de la fuente. En nuestra opinión esta obligación existe siempre que el impuesto nocial que consta en el certificado es inferior a la cuota del IS que procede pagar por la renta sobre la que la LIS reconoce la aplicación del impuesto nocial <sup>75</sup>. Sin embargo, dicha obligación no existiría si el impuesto nocial que consta en el cer-

<sup>74</sup> Esta conclusión no deja de ser sorprendente, pues determina que la configuración que el Estado de residencia de la sociedad transmitente haya hecho del método de imputación pueda conducir a la exclusión de la posibilidad de deducir el impuesto nocial. Como resultado, la previsión del artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones puede verse limitada por la propia normativa interna del Estado de la residencia en lo que se refiere a la posibilidad de reintegrar pérdidas al aplicar el método de imputación.


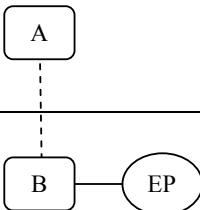

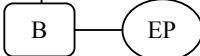
<sup>75</sup> Entendemos que esta situación es, en cierta medida, análoga a la que acontece cuando el método de imputación se aplica siguiendo el criterio de devengo y existe divergencia entre el impuesto devengado y el efectivamente satisfecho. Como consecuencia de la divergencia en estos importes, la deducción calculada conforme al primer criterio tendría carácter provisional. Sobre ello, *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 218-223.

tificado es superior a la cuota de IS generada por dicha renta, toda vez que sólo sería deducible un impuesto igual a este último, pues la regulación española del impuesto nocial se somete al mismo límite que el método de imputación ordinaria.

La segunda pregunta es qué sucedería si el Estado de la fuente hubiera tenido en cuenta también las rentas negativas por el EP para calcular (y certificar) el impuesto que se hubiera exigido de no haberse aplicado a su enajenación un régimen de diferimiento. Cuando ello sea así, la propia configuración de la cláusula de recaptura de pérdidas que establece el artículo 92 de la LIS podría conducir a una doble recaptura de pérdidas: primero por España como Estado de residencia al sólo reconocer el impuesto nocial por el exceso y, segundo, por el Estado de la fuente a la hora de calcular el impuesto nocial. Sin duda alguna, no parece que la mejor solución en el marco de la Directiva sea permitir que puedan recapturarse dos veces las mismas pérdidas, por lo que una solución pasaría, por ejemplo, porque alguno de los dos Estados no las tuviera en cuenta. Así, por ejemplo, el Estado de la fuente podría calcular el impuesto nocial sin tener en cuenta las pérdidas del EP.

A continuación pondremos algunos ejemplos sobre cómo funciona esta operación cuando es aplicable el artículo 92 de la Directiva:

**CUADRO 4.**

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (España)		
Estado de la fuente (Estado miembro)		

**EJEMPLO 3:**

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que antes de la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa de que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

Por la aplicación de la Directiva el Estado de la fuente reconoce un régimen de diferimiento. El Estado de residencia, de ser España, recapturaría las pérdidas en virtud del artículo 92 de la LIS, si bien con el límite de la renta positiva producida (35). Si se compara este resultado con el del ejemplo 1 del epígrafe anterior (4.1), se advierte que el resultado que se deriva de la aplicación de la Directiva es exactamente el mismo al que se desprende del régimen general de la LIS, por lo menos cuando se trata de la tributación en el Estado de residencia y este Estado es España <sup>76</sup>.

**EJEMPLO 4:**

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La sociedad transmitente tendría aquí que incluir la renta negativa ya aplicada por el EP, que asciende a 140. La diferencia (60) entre dicha renta negativa (140) y la ganancia (200), de no cumplirse los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS, sería sobre la que se calcularía la deducción del impuesto nocial en los términos del artículo 92 de la LIS. Pues bien, si conforme a la *normativa del Estado de la fuente* la renta positiva puesta de manifiesto por la operación fuera inferior, por ejemplo, a la rentas negativas del EP objeto de recaptura (140), podría alegarse que no es posible admitir en el Estado de residencia la deducción de impuesto nocial alguno, en la medida en que en el Estado de la fuente tampoco habría gravado efectivamente la operación, en ausencia de un régimen de diferimiento. Esta posición, sin embargo, no parece ser conforme a la Directiva.

En nuestra opinión, el artículo 92 de la LIS, que transpone el artículo 10.2 de la Directiva, debería interpretarse del modo siguiente. Como se ha dicho, la normativa española establece un sistema de remisión parcial a la legislación del Estado de la fuente, lo cual implica que la renta sobre la que se aplica el impuesto nocial se calcula conforme al Derecho español, y a efectos de la cuantificación de la deducción se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, que se compara con el tipo de gravamen del IS español. Sólo si el tipo de gravamen del Estado de la fuente es superior

<sup>76</sup> No obstante, entre el régimen general (arts. 15.3 y 22 LIS) y el especial derivado de la Directiva sí pueden producirse consecuencias significativas respecto a la valoración de las participaciones recibidas por la sociedad que transmite el EP. La sociedad transmitente, si realiza la operación en el marco de la Directiva, la LIS le obliga a valorar dichas participaciones por el valor histórico del EP (art. 85 LIS) y no por el VM cuando se filializó. Cuando no se acude al régimen especial se atribuiría a las participaciones el VM del EP en el momento de su aportación (art. 15.3 LIS), además de que sería posible aplicar a una futura transmisión de las participaciones la exención del artículo 21 de la LIS, circunstancia que no sería posible si la operación se hubiera acogido al régimen especial (art. 21.2 LIS). En particular, este requisito de valoración de las participaciones que exige la LIS cuando se acude al régimen especial podría ser considerado que no es conforme a la Directiva, como se ha señalado, por ejemplo, en IBFD (1995), pág. 51. No obstante, hay que remarcar que esta situación es distinta a la que se enjuicia por el TJCE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07 (NCJ047302), *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Al ser así, entendemos que los razonamientos de este pronunciamiento no son trasladables a la normativa española. En efecto, aquí se enjuiciaba la normativa alemana que obligaba a valorar las participaciones recibidas por la sociedad transmitente por su valor histórico, a pesar de que en este caso Alemania, por la naturaleza de la operación, no tenía posibilidad alguna de gravar la renta generada cuando dichas participaciones se transmitieran en un momento posterior —en particular aquí era aplicable el CDI de 1959 entre Alemania y Francia, art. 7—. El caso que estamos enjuiciando es diferente, porque España como Estado de residencia de la sociedad transmitente puede gravar la posterior enajenación de las participaciones recibidas a resultas de la filialización del EP.

al español (30%, con carácter general, como es sabido), no se reconoce la deducción de la diferencia. En caso de ser inferior o igual se permite la deducción en la cuota del IS del resultado de aplicar el tipo de gravamen del Estado de la fuente sobre la renta que el artículo 92 de la LIS reconoce el derecho a aplicar el impuesto nocial. Como hemos visto, dicha renta puede verse limitada por el importe de las rentas negativas del EP previamente imputadas. En cualquier caso, la deducción del impuesto nocial, tal y como la regula el artículo 92 de la LIS, se aplica con independencia de que exista o no un certificado emitido por la Administración del Estado de la fuente sobre este extremo. Por este motivo, aunque la ganancia determinada en el Estado de la fuente fuera inferior a las rentas negativas previas del EP, la deducción del impuesto nocial que establece el artículo 92 de la LIS se aplicaría en todo caso, aunque sobre la diferencia, si conforme a la normativa española la renta positiva derivada de la enajenación del EP es mayor que las pérdidas del EP ya imputadas.

## 5. CONCLUSIONES

La concesión en el Estado de la fuente, en el caso de la filialización de un EP u otras operaciones de reorganización, de un régimen de diferimiento puede generar supuestos de doble imposición *económica* internacional, especialmente cuando el Estado de residencia no aplica los métodos para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que en el Estado de la fuente no se ha producido una tributación efectiva de la operación. Ello ocurre cuando es aplicable en el Estado de residencia el método de imputación y también cuando se contempla el método de exención, en la medida en que su aplicación esté supeditada a que la operación haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente. Con carácter general, estos problemas no suelen poder resolverse a la luz de los métodos para eliminar la doble imposición que prevén los CDI que siguen el MC OCDE.

La Directiva de Fusiones establece algunas medidas para evitar la situación anterior. Con carácter general, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la operación, aunque no se haya gravado efectivamente la operación en el Estado de la fuente. Paralelamente la Directiva autoriza la aplicación del método de imputación, lo que obliga al Estado de residencia a permitir la deducción de un impuesto ficticio o nocial, que consiste precisamente en el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber sido aplicable el régimen de diferimiento. En principio, estas medidas que se derivan de la Directiva son adecuadas y contribuyen a eliminar la doble imposición económica sin imponer, al mismo tiempo, obligaciones demasiado onerosas a la sociedad transmitente en el Estado donde tiene su residencia. Es más, el régimen contemplado de la Directiva podría ser útil también para tratar esta cuestión en el marco del MC OCDE.

No obstante, la Directiva de Fusiones cuenta también con algunos puntos débiles, entre los que destaca la regulación que hace del método de imputación y la deducción del impuesto nocial. Como hemos visto en los epígrafes anteriores, su determinación y aplicación en la práctica es ciertamente compleja, incluso en el contexto europeo. El principal problema deriva de cómo debe calcularse el impuesto nocial que el Estado de residencia debe permitir a la sociedad transmitente deducirse en su impuesto sobre la renta (IS). La Directiva no establece criterios claros para su deter-

minación. Además, la colaboración que en esta materia puedan realizar los Estados miembros de la UE no parece ser suficiente para resolver este extremo.

En este sentido, algunos Estados miembros, para determinar el impuesto nocial que se deriva del artículo 10.2 de la Directiva, han realizando una *remisión completa* a la legislación del Estado de la fuente. Ello exige a la sociedad transmitente, que quiere deducirse el impuesto nocial en el Estado de residencia, comprobar cuál es el impuesto que el Estado de la fuente hubiera exigido de no aplicar un régimen de diferimiento a la filialización del EP.

Lamentablemente, en el momento actual no existe en esta materia un nivel de colaboración lo suficientemente ágil e intenso entre los Estados miembros de la UE que garantice a la sociedad transmitente la obtención, con cierta celeridad, de un certificado del Estado de la fuente comunicándole la cuantía del impuesto que se hubiera exigido en ausencia de diferimiento. Como consecuencia de ello, las entidades que realicen estas operaciones pueden sufrir situaciones de falta de liquidez nada despreciables, en la medida en que hasta que el Estado de la fuente no calcule el impuesto nocial y se lo certifique al Estado de residencia no podrán deducirse dicho impuesto en el IS de este último Estado. Es más, en muchos casos, aunque el Estado de la fuente esté dispuesto a realizar esta labor con la mayor celeridad posible, la fuerza de la realidad puede que lo impida, pues en un buen número de ocasiones ello puede requerir una previa comprobación de las obligaciones tributarias del EP que se filializa, la cual puede precisar un cierto tiempo. En este contexto, el hecho de que a una operación concreta sea aplicable un CDI no supone realmente una solución a este problema, pues los mecanismos de colaboración que prevén estos instrumentos internacionales tampoco garantizan que el Estado de la fuente calcule y certifique el impuesto nocial con cierta celeridad.

En este contexto, la solución (remisión) intermedia que prevé la legislación española, aunque no es la más correcta desde un punto de vista técnico, tiene la virtud de ser practicable. Y ello porque cuando España actúa como Estado de residencia la renta sobre la que se determina el impuesto nocial se efectúa conforme a la normativa española. Sobre dicha renta, a efectos de calcular la cuantía de la deducción, se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, siempre que no exceda del tipo de gravamen del IS español. La solución del legislador español, no obstante, no resuelve otro tipo de problemas, como es el hecho de que el impuesto nocial calculado conforme a la normativa española puede que no coincida con el que se hubiera derivado de aplicar en bloque, como sucede en otros países de la UE, la normativa del Estado de la fuente. Adicionalmente, puede provocar que se produzcan situaciones de doble recaptura de las rentas negativas previamente imputadas del EP antes de su enajenación: por un lado, la propia recaptura que establece el artículo 92 de la LIS y, por otro lado, la que en su caso pueda hacer el Estado de la fuente al determinar el impuesto nocial, en el caso de tener en cuenta también a tal efecto las rentas negativas previas del EP.

# Bibliografía

- AA.VV. [1993]: *The Merger Directive: Practical Tax Issues*, IBFD Publications, Ámsterdam.
- ALGUACIL MARI, P. [2006]: «La nueva Directiva de fusiones y su transposición al Derecho interno», *Fiscal Mes a Mes*, n.º 120-121.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2002]: «El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades», en *La reforma del Impuesto sobre Sociedades, Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 1 y 2.
- AVI-YONAH, R.S, RING, D.M. y BRAUNER, Y. [2005]: *U.S. International Taxation. Cases and materials*, Foundation Press, Nueva York.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid.
- [2005]: «Los métodos para eliminar la doble imposición», en RUIZ GARCÍA y CALDERÓN CARRERO (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2008]: «La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros», en CARMONA (ed.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia.
- COOKLIN, J. [2009]: «The European Mergers Tax Directive: Partial Divisions and Mergers», *British Tax Review*, n.º 1.
- DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. [2001]: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid.
- ERNST & YOUNG [2009]: *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- GIL DEL CAMPO, M. [2005]: «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en AA.VV., *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia.
- HELMINEN, M. [2009]: *EU tax law: direct taxation*, IBFD, Ámsterdam.
- HOFSTÄTTER, M. y HOHENWATTER, D. [2008]: «The Merger Directive», en LANG, PISTONE, SCHUCH y STARINGER (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Linde, Viena.
- HORTALÀ I VALLVÉ, J. [2007]: *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Aranzadi, Cizur Menor.
- IBFD [1995]: *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Ámsterdam.
- [2003]: *Survey on the Societas Europaea*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- LARKING, B. [1992]: «Permanent Confusion? The Role of the permanent Establishment in the Merger Directive», *European Taxation*, n.º 9.
- LÓPEZ IRANZO, F. [1992]: «La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas», *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol. II.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. [2005]: «Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales», *Crónica Tributaria*, n.º 116.

- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. y ORTEGA CARBALLO, D. [2009]: *Reorganizaciones empresariales (Fusiones) 2009-2010*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MARTÍNEZ ALONSO, J.I. [2007]: «Reforma del régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Forum Fiscal de Álava*, n.º 8.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2006a]: «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ ONDANZA (dir.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- [2006b]: «Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 25/2006, de 17 de julio, en el régimen tributario especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Nueva Fiscalidad*, n.º 8.
- NAVARRO EGEA, M. [1997]: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid.
- PALAO TABOADA, C. [2005]: «La modificación de la Directiva de fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268.
- RAVENTÓS CALVO, S. [2007]: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN (ed.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid.
- RUSSO, R. [2006]: «Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives», *European Taxation*, n.º 10.
- SACCARDO, N. [2003]: «Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the significance of the expression "taxation on a permanent establishment" in cross-border reorganizations», *Intertax*, n.º 8/9.
- SANZ GADEA, E. [2009]: «Impuesto sobre Sociedades y reforma contable (I)», *RCyT*. CEF, n.º 314.
- SERRANO GUTIÉRREZ, A. [2007]: *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid.
- SPORI, P. [2001]: «The effects in the Source State of reorganizations made in the Residence State», en IFA (ed.) *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- STARINGER, K. [2001]: «The impact of EC tax directives on dividends and cross-border reorganizations», en IFA (ed.), *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- TERRA, B. y WATTEL, P. [2008]: *European Tax Law*, Kluwer law International, Alphen aan den Rijn, 5.ª ed.
- THÖMMES, O. [2004]: «Commentary on the Merger Directive», en THÖMMES/FUKS (eds.), *EC Corporate Tax Law (1991-2004)*, IBFD, Ámsterdam.
- TOMSETT, E. [2008a]: «Impact of EC Directives», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- [2008b]: «United Kingdom», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- VANISTENDAEL, F. [1998]: «Taxation of Corporate Reorganizations», en THURONYI (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2.
- VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres.