

LA FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL.

M^a Milagros Sieiro Constela

I.- FUNDAMENTO LA DIRECTIVA 90/434/CEE

En relación con las operaciones de concentración empresarial realizadas entre entidades con residencia en diferentes Estados miembros se ha adoptado en el ámbito comunitario la Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros¹.

Partiendo de que las “fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común”², y de la

1 El origen de la Directiva del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros (Diario Oficial de Comunidad Europea de 20 de agosto de 1990), se encuentra, al igual que la Directiva “matrices-filiales”, en el Programa de armonización fiscal presentado por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1967 en el que, entre las propuestas tendentes a armonizar la imposición directa entre los países miembros, señalaba entre las medidas a adoptar antes del 1 de julio de 1968, las concernientes a la reestructuración y concentración de empresas, en las que incluía la necesidad de establecer un régimen fiscal favorable a las fusiones y aportaciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros. Este programa fue objeto de una exposición más detallada en el Programa de armonización de los impuestos directos presentado como comunicación de la Comisión al Consejo el 26 de junio de 1967, refiriéndose, entre otras cuestiones, a las medidas necesarias para el desarrollo de las empresas comunitarias, indicando la necesidad de supresión de los obstáculos fiscales a las operaciones de concentración que permitan a las empresas adaptarse a las dimensiones del mercado común y conseguir que éstas sean competitivas en un plano mundial. En base a estos trabajos, la Comisión presentó al Consejo el 16 de enero de 1969 la “Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activo efectuadas entre sociedades de Estados miembros diferentes” (DOCE de 22 de marzo de 1969). Con posterioridad, el Consejo dirigió el 18 de febrero de 1969 al Comité Económico y Social, una petición de dictamen sobre dicha Propuesta que fue elaborado el 26 de junio de 1969, y posteriormente el Parlamento Europeo elaboró una Resolución sobre la misma el 9 de abril de 1970 (Doce de 29 de abril de 1970). Desde esta fecha y hasta la Directiva de 1990, la Comisión había señalado en varias ocasiones al Consejo la necesidad de su adopción; la última de ellas, que precisamente constituye en este sentido el impulso definitivo, es en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 20 de abril de 1990, en la que se advierte la urgencia de adoptar el paquete de propuestas fusiones, matrices y filiales y procedimiento arbitral.

Actualmente, existe una Propuesta de modificación de la Directiva 90/434/CEE: “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros” (DOCE de 20 de agosto de 1993).

2 Considerando primero de la Directiva 90/434/CEE.

constatación de que las “disposiciones de orden fiscal penalizan en la actualidad dichas operaciones en relación a las de sociedades de un mismo Estado miembro”³, se hacen necesario adoptar un régimen fiscal común⁴, esto es, “unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional”⁵.

II.- ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 434/90/CEE

Desde el punto de vista del ámbito subjetivo, el régimen fiscal común previsto en la Directiva únicamente es aplicable a las entidades que cumplan los siguientes requisitos⁶:

- Las entidades que realicen las operaciones previstas en la Directiva han de revestir alguna de las formas jurídicas que para cada Estado miembro, se enumeran en el Anexo de la misma. La Propuesta de modificación de la Directiva 90/434/CEE de 26 de julio de 1993 prevé la supresión de este requisito al entender que la norma actualmente vigente “no enumera todas las formas de empresas domiciliadas en un Estado miembro”⁷ y “que la Directiva debería aplicarse a todas las empresas que pueden ejercer actividades transfronterizas en la Comunidad y que están sujetas al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro”⁸.
- Las entidades han de estar sujetas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas al Impuesto sobre Sociedades o cualquier otro impuesto que lo sustituyere. La exigencia de este requisito es plenamente coherente con los principios que inspiran el régimen fiscal común establecido a través de esta disposición comunitaria, pues si bien debe evitarse la imposición con ocasión de la realización de las operaciones de reestructuración empresarial, han de salvaguardarse los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada⁹. Tratándose de entidades totalmente exentas parece acertado negar el régimen de diferimiento por cuanto la Hacienda Pública perdería la capacidad de gravar aquellas en la medida en que una vez que éstas se manifiesten en la entidad adquirente las mismas no tributarían por este impuesto. Ciertamente restrictivo resultaría, por el contrario, privar de este régimen fiscal a las entidades parcialmente exentas, particularmente cuando la exención no alcanza a las rentas derivadas del desarrollo de actividades económicas, así como las que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de sus elementos patrimoniales.

3 Considerando segundo de la Directiva 90/434/CEE.

4 Señala el Considerando tercero de la Directiva 90/434/CEE “que no es posible alcanzar dicho objetivo mediante una ampliación a escala comunitaria de los regímenes internos vigentes en los Estados miembros, ya que las diferencias entre dichos regímenes podrían provocar distorsiones; que sólo un régimen fiscal común puede constituir una solución satisfactoria al respecto”

5 Considerando primero de la Directiva 90/434/CEE.

6 Estos requisitos son idénticos a los exigidos por el artículo 2 de la Directiva 90/435/CEE para la aplicación del régimen fiscal común previsto para las “distribuciones de beneficios” efectuadas por las “filiales” en favor de sus sociedades “matrices”.

7 Considerando segundo de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE.

8 Considerando tercero de la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE”.

9 Considerando cuarto de la Directiva 90/434/CEE.

Se exige, finalmente “que con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, no se considere que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad”

El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva viene delimitado por el artículo 1, al enumerar las operaciones de reestructuración o modificación societaria a las que resulta aplicable: “fusiones, escisiones, aportación de activos y de canje de acciones”. La relación “resulta suficientemente amplia y comprensiva de todas ellas, pudiendo encajar fácilmente cualquier operación realizada en la práctica dentro de las allí descritas o en la mezcla de varias de ellas”. La norma define cada uno de estos conceptos, dado que el régimen fiscal común establecido por la misma no tendría verdadera efectividad práctica si no se procediese a una “armonización” de las operaciones enumeradas en aquel precepto¹⁰.

- La Directiva, siguiendo las líneas básicas establecidas por la Tercera Directiva relativa a la fusión de sociedades¹¹, recoge, en primer término, los conceptos de las tres modalidades de fusión:

a) Fusión por absorción, definida como la operación por la cual: “una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”. Esta definición contiene la mayor parte de los elementos típicos que configuran esta modalidad de fusión: transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio social a otra entidad ya existente, incorporación de los socios a la sociedad absorbente y disolución sin liquidación de las sociedades absorbidas. Únicamente cabría añadir a esta definición la nota esencial a toda fusión de la sucesión universal de la adquirente en todos los derechos y obligaciones de la transmitente

b) Fusión por constitución de una nueva sociedad, entendida como la operación por la cual “dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas la ‘totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”.

c) La llamada fusión impropia o de sociedad participada al 100 por 100, operación por la cual “una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social”. La incorporación de esta operación como fusión por la Directiva 90/434/CEE, calificada ya entonces como tal por la mencionada Tercera Directiva en relación con el derecho de sociedades, permitió superar la discusión doctrinal que se había entablado sobre la calificación de esta operación. Un sector de la doctrina entendía que la ausencia de ampliación de capital social impedía la consideración de la operación como fusión, tratándose de una disolu-

10 SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles: La doble imposición internacional... Op. cit. pág. 175. Ahora bien, el esfuerzo conceptualmente armonizador no se limita a una definición de las operaciones enumeradas en el artículo 1 de la Directiva, pues en el artículo 2 se contiene, además, las definiciones de sociedad transmitente, beneficiaria, dominada, dominante y de “rama de actividad, y en el artículo 4.1. se incorporan los conceptos de “valor fiscal” y “elementos de activo y de pasivo”.

11 Directiva del Consejo 78/855/CEE, de 9 de octubre, relativa a la fusión de sociedades

ción de una sociedad con adjudicación o reparto de la totalidad del haber social o patrimonio a la sociedad dominante como único titular de la totalidad de las participaciones sociales. Estamos, por tanto, ante una simple modalidad de la fusión por absorción¹², cuyas peculiaridades consisten en la ausencia de ampliación de capital social por parte de la absorbente y la existencia de un procedimiento abreviado, derivado de la supresión de determinados requisitos de carácter fundamentalmente formal¹³.

- La segunda operación societaria definida por la disposición comunitaria es la “escisión”, concepuada como aquella por la que “una sociedad transfiere a dos o más sociedades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”¹⁴. Esta definición agrupa en una sola operación las dos modalidades que de forma muy diferenciada, incluso en distintos capítulos, distingue la Sexta Directiva de 17 de diciembre de 1982¹⁵, de escisión por absorción y escisión por constitución, según las sociedades beneficiarias existían con anterioridad o se constituyen con motivo de la escisión, omisión que obedece seguramente a la trascendencia a estos efectos de la existencia previa o no de la sociedad beneficiaria o destinataria de la aportación. Los socios de la sociedad escindida asumen la condición de socios de las entidades beneficiarias de la escisión en la medida en que reciben participaciones del capital de estas últimas entidades según criterios de proporcionalidad en función de la participación poseída en la entidad escindida¹⁶.

12 CASTROMIL SÁNCHEZ, Fernando: “Directiva Comunitaria sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados por sociedades de diferentes Estados miembros”. Noticias CEE. Número 77. Pág. 12.

13 Prevista, en lo que al derecho mercantil español se refiere, en el artículo 250 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que “no será preciso incluir en el proyecto de fusión las menciones enumeradas en las letras b) y c) del artículo 235”, esto es, el tipo y el procedimiento de canje de los títulos, lo que simplifica notablemente el proceso de fusión..

14 Indica POLO SORIANO, Alfonso: “Los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991...”. Op. cit. Pág. 138., “que la escisión de sociedades no ha tenido hasta los últimos tiempos un desarrollo legislativo o doctrinal amplio, habiéndose tratado como algo complementario o de segundo orden a otras instituciones jurídicas, principalmente a las fusiones. Sin embargo, la escisión presenta unas grandes posibilidades en orden a la reestructuración de empresas tanto para redistribuir las actividades de la empresa por motivos de descentralización, de especialización o de división del trabajo, como para racionalizar su distribución geográfica por motivos económicos, de obtención de ventajas fiscales o de control de mercados. Finalmente y así suele suceder en la práctica más cotidiana, la escisión puede ser el medio de solucionar problemas internos de la sociedad escindida provocados, por ejemplo, por la existencia de dos grupos de socios con intereses contrapuestos o valoraciones contradictorias.

15 Sexta Directiva del Consejo 82/891/CEE, de 17 de diciembre.

16 No obstante, el derecho mercantil en determinados supuestos flexibiliza la exigencia de asignación proporcional de los títulos de las entidades beneficiarias a los socios de la entidad escindida, en los casos en que existan dos o más entidades beneficiarias y se tenga el consentimiento individual de los socios, en donde les pueden ser atribuidos acciones o participaciones de una sola de las entidades beneficiarias.

Puede entenderse, así lo señalan DÍAZ YANES, Inmaculada y Otros: Guía del Impuesto sobre Sociedades. Op. cit. Pág. 733., que estas operaciones de escisión tengan “esa consideración a efectos fiscales por cuanto la norma fiscal no regula la forma en que han de atribuirse los valores representativos del capital social de las entidades adquirentes o beneficiarias del escindido, estableciendo únicamente el requisito de que dicha atribución debe responder a un criterio proporcional, como no puede ser de otra manera por

- La Directiva define la “aportación de activos” como “la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad, la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la Sociedad beneficiaria de la aportación”. La especificidad de esta operación reside en que para que surja una “aportación de activos”, con las consecuencias previstas en la disposición, es necesario que lo aportado constituya una o varias “ramas de actividad”, lo que la propia Directiva se preocupa de definir como “el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una Sociedad que constituye desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”¹⁷. Esta exigencia, básica para impedir que operaciones que no responden a la finalidad de esta norma accedan al régimen fiscal previsto en la misma, encuentra dificultades en su concreción práctica, dando lugar a interpretaciones contradictorias y siendo fuente más que probable de litigios entre Administración y contribuyente¹⁸.

Si no concurren los requisitos que configuran la “aportación de activos” se tratarán fiscalmente como meras aportaciones de activos de unas Sociedades a otras de diferentes Estados miembros, que estarán sujetas a las normas nacionales que les puedan ser aplicables, sin que éstas tengan, lógicamente, que respetar el régimen fiscal común que la Directiva impone.

- Finalmente, la última operación societaria a la que resulta aplicable el régimen fiscal previsto en la Directiva es el llamado “canje de acciones”, “la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títu-

cuanto por estas operaciones no pueden resultar desplazamientos patrimoniales de unos socios de otros, dado que la relación de canje debe respetar los valores patrimoniales de las participaciones poseídas sobre la entidad escindida con independencia de que ese mismo valor se materialice en participaciones en todas y cada una de las entidades adquirentes o bien en participaciones en una sola de ellas”..

17 Artículo 2. f) de la Directiva 90/434/CEE.

18 Hay que destacar a este respecto que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 1991 (asunto C-164/90 Muwi Bouwgroup BV vs. Staatssecretaris van Financien), comentada por GARCÍA-MONCÓ, Alfonso M. : “Problemas de adecuación de conceptos impositivos a las Directivas de la CEE, en particular la noción de “Rama de Actividad. Noticias CEE. Número 96. El “iter” del asunto consiste en que una sociedad, en orden a la posterior adquisición de activos de otra sociedad, crea en primer lugar cuatro filiales, cuyo capital se constituye , en tres de ellas, con cargo a las acciones detentadas por la Sociedad Van der Vorm en una de aquéllas. En segundo lugar, la entidad matriz crea una nueva sociedad -Muwi Bouwgroup- constituyéndose su capital por aportación de todas las acciones de las filiales que posea la expresada Entidad matriz y una cantidad residual en dinero. Es en la última operación de constitución de capital mencionada, donde surge la cuestión litigiosa en materia tributaria .

La mencionada Sentencia contribuye a delimitar la noción de “rama de actividad” tanto de forma positiva como de forma negativa. Así, en primer lugar, se expresa con contundencia en el sentido de denegar el carácter de “aportación de rama de actividad” a las operaciones llevadas a cabo por la Sociedad Muwi Bouwgroup. Al respecto, señala que “la aportación de un conjunto de acciones que una Sociedad posee en otra Sociedad y que representa el 100 por 100 del capital de esta última Sociedad no constituye la aportación de una rama de actividad de la primera sociedad en el sentido del artículo 7.1.b) de la Directiva 69/335/CEE...”.

La Sentencia apunta, igualmente, de forma indirecta un componente positivo de este concepto al indicar que tal operación se produce cuando “una sociedad aporta a otra diversos elementos que, bien constituyendo la totalidad de su patrimonio, bien constituyendo nada más que una parte, forman un conjunto capaz de funcionar de manera autónoma”.

los deducido de su contabilidad”. Dos son las notas diferenciadoras de esta operación: por un lado, a través de ella una entidad consigue la mayoría de los derechos de voto en otra sociedad, por otra parte, los socios de la entidad dominada pasa a serlo de la entidad dominante.

III. DEFINICIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL COMUNITARIO DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL.

El régimen fiscal común impuesto por la Directiva se basa en el principio de neutralidad en cuanto se pretende que ni obstaculice ni incentive las operaciones de reestructuración empresarial, de forma que su ejecución no origine carga tributaria ni beneficio fiscal alguno. En este sentido, la neutralidad se trata de alcanzar a través de dos técnicas:

- Diferimiento en la tributación. Las plusvalías puestas de manifiesto con ocasión de las operaciones mencionadas, no incluidas en la base imponible de la entidad transmitente o aportante en el momento de su realización, serán sometidas a gravamen en la sede de la entidad adquirente en el supuesto de una ulterior transmisión por parte de esta.
- Continuidad. Los bienes o derechos transmitidos u aportados, así como los títulos recibidos, conservan a efectos fiscales los valores originarios, computando sobre los mismos los gastos que se deriven de su utilización por el adquirente.

La aplicación de los criterios expuestos a las operaciones enumeradas en el artículo 1 de la Directiva se concreta en los siguientes aspectos:

- Régimen fiscal aplicable a los bienes transmitidos con ocasión de operaciones de fusión y escisión (artículo 4) y aportaciones de activos (artículo 9).

En primer término, se dispone que las variaciones patrimoniales que se pongan de manifiesto por la “diferencia entre el valor real de los elementos de activo y pasivo transferidos y su valor fiscal”¹⁹ no se someterán a gravamen cuando se pongan de manifiesto con ocasión de la realización de cualquiera de las mencionadas operaciones.

La entidad adquirente de los elementos de activo y de pasivo transferidos por la entidad absorbida, escindida o aportante los valorará a efectos fiscales por los mismos valores que tenían en la transmitente con anterioridad a la realización de la operación. Asimismo, la determinación a efectos fiscales de los ingresos, gastos y demás correcciones valorativas de los elementos adquiridos deberán calcularse sobre los valores originarios. Esta norma requiere sendas matizaciones:

- La permanencia de los valores contables previos a las operaciones de reestructuración empresarial únicamente inmoviliza los valores a los efectos fiscales indicados. En la sociedad adquirente de los bienes las revalorizaciones, en su caso, contabilizadas, tienen plena efectividad patrimonial en el Balance y en la deter-

¹⁹ El propio artículo 4 de la Directiva 90/434/CEE define el “valor fiscal” como “el valor que se habría utilizado para calcular los beneficios o pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y de pasivo se hubieran vendido en el momento de fusión o de la escisión pero al margen de dicha operación”, y los elementos de activo y de pasivo transferido” como “los elementos de activo y de pasivo de la sociedad transmitente que, como consecuencia de la fusión o de la escisión, queden efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y que contribuyan a la obtención de resultados que integrarían la base imponible de los impuestos.

minación del resultado contable, pero ningún a efectividad fiscal para determinar la base imponible del impuesto, en la que habrá que practicar, consecuentemente, cada ejercicio, los correspondientes ajustes fiscales, normalmente positivos, por las amortizaciones y provisiones de los bienes adquiridos y, en su caso, por los incrementos y disminuciones de patrimonio que se pongan de manifiesto en una ulterior transmisión²⁰.

- Por otra parte, la Directiva establece que la determinación de las correcciones valorativas y, en su caso, de las variaciones patrimoniales se efectúe “en las mismas condiciones en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o escisión”²¹. En definitiva, la disposición comunitaria no establece, únicamente, el mantenimiento de la valoración originaria, si no que impone la continuidad en los criterios de determinación de los resultados fiscales derivados de su utilización o enajenación²². Esta permanencia de los criterios fiscales es consecuencia de la consideración de dicha operación como sucesión empresarial, esto es, una subrogación tal que la entidad adquirente sucede a la transmitente en la posición que anteriormente esta ocupaba frente a la Hacienda Pública.

La principal manifestación de la subrogación de la sociedad adquirente en la posición de la transmitente se encuentra en la posibilidad que la norma comunitaria, a través de su artículo 6, otorga a los Estados miembros para que en sus disposiciones de incorporación permitan que “la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal”, condicionando dicha opción a que amplíen “la aplicación de dichas disposiciones a la asunción, por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio, de las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal”.

En definitiva el régimen fiscal previsto en la disposición comunitaria no implica una exención definitiva, sino una suspensión del pago del impuesto de la sociedad transmitente que se traslada, con efectos diferidos, a la sociedad adquirente, quien lo hará efectivo, en los ejercicios futuros, al realizarse efectivamente las plusvalías en el caso de enajenación o a través de un menor incidencia sobre la base imponible derivada del cómputo de las correcciones valorativas, amortizaciones y provisiones²³, si bien el hecho de que el incremento patrimonial haya de gravarse, en su caso, “en la entidad adquirente con motivo de la transmisión posterior podría inducirnos a pensar que para el transmitente es una norma de exención”²⁴.

Ahora bien, este régimen de diferimiento se aplica en la medida en que sea compatible con los “intereses financieros” del Estado que renuncia temporalmente a la recaudación que se derivaría de las plusvalías puestas de manifiesto con ocasión de las citadas operaciones, esto es, cuando la Hacienda Pública conserva la capacidad para gravar las rentas objeto de diferimiento en el supuesto de una ulterior transmisión. Contempla, no obstante, la Directiva en su artículo 10, un supuesto particular en la que

20 LÓPEZ IRANZO, Fernando: “La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas”. Impuestos. 1992. Número 18. Pág. 18.

21 Artículo 4.2. de la Directiva 90/434/CEE.

22 Quedan de esta forma resueltas cuestiones tales como si es posible amortizar los bienes adquiridos como si fueran usados, modificar el período de vida útil o aplicar nuevos criterios de amortización. La respuesta es sencilla: será posible en la medida en que lo hubiera sido para la transmitente de no mediar la operación.

23 LÓPEZ IRANZO, Fernando: “La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones...”. Op. cit. Pág. 18.

24 LÓPEZ TELLO, Jesús: “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y cambios de valores”. Cuadernos de Formación. Inspección de los Tributos. Escuela de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Número 20.

el diferimiento implica para el Estado que “aplaza” originariamente el gravamen renuncia a los derechos de imposición futuros.

El régimen fiscal de diferimiento puede no tener virtualidad en el supuesto de renuncia contemplado en el artículo 4.3. de la Directiva. El contenido del precepto obliga a efectuar cuatro consideraciones al respecto:

- Únicamente la entidad adquirente puede renunciar al régimen de suspensión de gravamen, en cuanto lo que permite la norma comunitaria es que la “sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y pasivo transferidos en condiciones distintas de las previstas en el apartado 2”, el cual establece la continuidad en la valoración.
- Admite una renuncia parcial del régimen de diferimiento. Es más, no sólo es factible que existiendo varias entidades transmitente y una sola adquirente, la renuncia opere únicamente respecto de los elementos de activo y pasivo provenientes de una o varias de ellas, sino que aquella puede efectuarse en relación con determinados elementos patrimoniales sin exigirse, por tanto, que sean todos los recibidos por la adquirente o beneficiaria o todos los aportados por la transmitente o aportante.
- Finalmente, la Directiva parece limitar las consecuencias derivadas de la exclusión voluntaria a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, esto es, al gravamen de las variaciones patrimoniales procedentes de operaciones de fusión y escisión y, por remisión del artículo 9, a las aportaciones de activo. Ahora bien, la coherencia del sistema exige un comportamiento simultáneo por parte del adquirente, esto es, valorar a efectos fiscales los bienes y derechos transmitidos como si la operación no se hubiera llevado a cabo.

La posible transmisión de las pérdidas fiscales supone que la renuncia total o parcial únicamente tendrá aplicación práctica en la medida que la entidad transmitente tuviese bases imponibles negativas próximas al límite del plazo temporal de compensación y que el importe de los eventuales resultados positivos de la entidad adquirente fueran insuficientes para compensar dichas bases negativas.

- Si no se produce la suspensión de gravamen y la entidad transmitente integró en su base imponible la diferencia entre el valor neto contable y el valor real de los bienes transmitidos, estos se valorarán por la adquirente a efectos fiscales, independientemente de los reflejados en contabilidad del adquirente, por su “valor real”, no admitiéndose, lógicamente, un valor inferior en cuanto conllevaría una menor fiscalidad, pero tampoco un valor superior en cuanto representaría una actualización voluntaria, esto es, un incremento de patrimonio puesto de manifiesto por simple anotación contable seguramente o bien la existencia de un “precio de transferencia”, provocando, en ambos supuestos, una ganancia de capital seguramente destinada a su compensación con resultados fiscales adversos provenientes del mismo ejercicio o anteriores.

IV RÉGIMEN FISCAL COMUNITARIO APLICABLE A LOS SOCIOS EN LAS OPERACIONES DE FUSIÓN O ESCISIÓN Y A LAS OPERACIONES DE CANJE DE VALORES.

En el marco de estas operaciones, los socios, personas físicas o jurídicas, realizan una operación de permuta: entregan sus títulos representativos de la participación en el capital de la sociedad absorbida, escindida o dominada recibiendo títulos representativos de la participación en la sociedad absorbente, adquirente o dominante del

patrimonio escindido. El tratamiento fiscal otorgado por la Directiva a esta operación de canje de títulos guarda un paralelismo perfecto con el previsto para transmisión de elementos patrimoniales con ocasión de realización de dichas operaciones.

- “La atribución ... de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio”.
- El socio no atribuirá “a los títulos recibidos a cambio un valor fiscal más elevado que el que tuvieren los títulos cambiados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones”.

La tributación de las plusvalías derivadas de la permuta o canje de títulos queda, igualmente, aplazada, quedando facultados los Estados miembros para “gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de títulos antes de la atribución”. Este régimen de diferimiento encuentra su único límite en cuanto su aplicación implique para la Hacienda Pública respectiva la imposibilidad de someter a tributación la plusvalía generada en una futura transmisión.

- Contempla finalmente la Directiva que la norma de incorporación al derecho interno del Estado miembro autorice al socio residente “para optar por un tratamiento fiscal diferente”, esto es, otorgar el valor real a los títulos recibidos y, consecuentemente, aplicar el gravamen sobre la plusvalía que se ponga de manifiesto²⁵.

V.- RÉGIMEN FISCAL COMUNITARIO. SUPUESTOS PARTICULARES.

V.1.- Régimen fiscal de las participaciones recibidas en contraprestación a las aportaciones de activos.

Como ya se ha indicado la Directiva 90/434/CEE no regula expresamente el régimen de la aportación de activos, limitándose el artículo 9 a efectuar una remisión en bloque a los artículos 4, 5 y 6 de la misma. De esta remisión se extrae, indubitadamente que, de una parte, la aportación no da lugar a tributación alguna, y, de otra, que el valor fiscal de los bienes transmitidos será al previo a la realización de la operación. Sin embargo, en cuanto al valor fiscal de las acciones recibidas en contraprestación por la sociedad aportante, la disposición comunitaria guarda silencio.

La escasa atención que la regulación de la aportación de activos tiene en la Directiva ha suscitado las críticas de la doctrina²⁶, siendo su causa el hecho de que la valoración de las acciones recibidas por el valor neto contable de los elementos patrimoniales integrantes de la rama de actividad aportada pueden dar lugar a una doble imposición²⁷, “aunque en dos sujetos diferentes, en el transmitente, desde el momento

²⁵ La norma española no contempla la renuncia para estos supuesto, por lo que puede concluirse que el régimen de diferimiento tiene carácter obligatorio para los socios.

²⁶ Véase, en este sentido, a SANZ GADEA, Eduardo: “Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”. Noticias CEE. y a LÓPEZ SANTACRUZ MONTES, José Antonio: “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores”. Tribuna fiscal. Número 19.

²⁷ Esta doble imposición es susceptible de producirse en una operación de canje de valores: el criterio de mantener el mismo valor histórico tanto en el socio como en la entidad dominante podría desembocar en una doble imposición en la medida en que en ambos se manifestaría una renta si procedieran a transmitir simultáneamente la participación que el uno tiene en la dominante y la que esta última tiene en la dominada”.

que los títulos recibidos se valoran por el neto aportado, sin tener en cuenta aquella plusvalía, y en el adquirente, dado que los bienes recibidos se valoran por el que tenían en la sociedad aportante con anterioridad a la operación, es decir, igualmente dicha plusvalía no se tiene en cuenta, por lo que tal plusvalía se gravará en el adquirente cuando se transmitan aquellos elementos o bien a medida en que se amortizan, al computarse fiscalmente por este concepto un gasto menor, plusvalía que resultará asimismo gravada en la sociedad aportante cuando se transmitan los valores recibidos”.

V.2. Régimen fiscal de las participaciones recíprocas.

Dos son las situaciones que pueden darse en estos casos. Que la entidad adquirente participe en la transmitente, o por el contrario que esta participe en aquella. La Directiva únicamente contempla el primer caso para el que dispone en el artículo 7, apartado primero, que “cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la de su participación”.

El carácter general de este precepto se matiza en el apartado siguiente cuando se establece que “los Estados miembros podrán introducir excepciones a lo dispuesto en el apartado 1 cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no exceda del 25 %”.

El gravamen derivado de la anulación de la liquidación, que incidirá sobre la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales recibidos proporcionalmente atribuible a la participación y el valor contable de la misma, tiene por objeto alcanzar una fiscalidad coincidente con aquella otra que correspondería a la percepción de la parte de cuota de liquidación social asociada a dicha participación. Sin embargo, la Directiva impone el régimen de diferimiento, al menos cuando el porcentaje de participación en el capital social de la adquirente supera el 25 por 100, posiblemente, debido a que en el supuesto de que tributasen las plusvalías en la transmitente, en este caso la propia sociedad beneficiaria, el incremento que se manifieste en la adquirente, dado el grado de participación exigido, fácilmente se anulase como consecuencia de la aplicación de la deducción por doble imposición interna o internacional.

V.3. Régimen fiscal relativo a la aportación de un establecimiento permanente.

El artículo 10 comienza imponiendo a los Estados miembros un supuesto de no sujeción, excepcional en el marco del régimen de diferimiento previsto en la misma: el Estado de residencia de una entidad transmitente de un establecimiento permanente situado en algún otro Estado de la Unión Europea en favor de otra entidad residente en cualquiera de estos otros Estados, deberá de renunciar al gravamen de las plusvalías que se pongan de manifiesto como consecuencia de la transmisión del mismo. El régimen de diferimiento se aplica por los otros Estados como si el Estado en el que esta situado el establecimiento permanente fuera el de la entidad transmitente²⁸.

¿Qué ha sucedido si en los ejercicios anteriores a la transmisión el establecimiento permanente ha generado pérdidas?. Dado un convenio por doble imposición, la fiscalidad para la entidad residente, posteriormente convertida en transmitente, será diferente

²⁸ En efecto, dispone el artículo 10.1. de la Directiva 90/434/CEE que “cuando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, este último renunciará a los derechos de imposición sobre dicho establecimiento permanente...”.

según que el método convenido sea el de exención o el de imputación. En el primer caso, la Hacienda Pública de este Estado desconocería aquellas pérdidas como lo hace con los beneficios derivados de la ulterior transmisión del establecimiento permanente. Con el método de imputación, por el contrario, las pérdidas se hubieran incorporado a la base imponible de la entidad residente mientras que el beneficio de su transmisión constituiría para esta Hacienda, por mandato de la Directiva, una operación no sujeta.

Consciente de esta situación la Directiva, en el mismo apartado primero, dispone que “el Estado de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imponibles de dicha sociedad las pérdidas anteriores del establecimiento permanente que se hayan deducido, en su caso del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado y que no se hayan compensado”.

VI.- RÉGIMEN FISCAL COMUNITARIO: RESTRICCIONES

Finalmente, la Directiva faculta, según se recoge en el último considerando, a que un Estado miembro se niegue a aplicar el régimen fiscal común “cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal o como efecto que una sociedad, participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad”.

El primer supuesto es completado por el artículo 11 como “el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, pueden constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. En definitiva, aún en ausencia del “fraude o evasión”, basta con que la operación no se efectúe por motivos económicos de “reestructuración o racionalización de las actividades” para que el régimen de suspensión quede enervado. Esto es, motivaciones tales como eludir el régimen de transparencia fiscal, evitar el efecto financiero de las retenciones en prestamos entre empresas vinculadas, evitar el tratamiento de aportaciones no dinerarias, buscar el equilibrio entre beneficios o pérdidas en grupos de empresas..., probablemente, encajarían, al responder exclusivamente a razones fiscales, entre los supuestos de exclusión del régimen fiscal, si bien resultarían aceptables en el marco de una operación de reestructuración empresarial cuyo objetivo principal fuese la racionalización económica del grupo.

VII.- INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 434/90/CEE. ANÁLISIS COMPARATIVO.

VII.1. Marco jurídico y antecedentes.

La incorporación de la disposición comunitaria al ordenamiento interno español se produjo a través de la Ley 29/91, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas., y más concretamente, mediante el Título I “Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores” de este texto legal. Actualmente, esta regulación se encuentra contenida en el Capítulo VIII del Título VIII “Regímenes tributarios especiales” de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1991, existían en España dos regímenes fiscales para las fusiones, el general de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, de excesiva dureza, que prácticamente hacía inviables las fusiones por la carga fiscal que conllevaban, y el especial de las fusiones fiscalmente protegidas, regulado por la Ley 76/1980, de 26 de diciembre y por el Real Decreto 2182/1981, de 24 de julio. Esta regulación “especial” establecía un régimen de exención selectiva. El principio fundamental era de sujeción a gravamen de las plusvalías o incrementos de patrimonio derivados de cualquier fusión. No obstante, cuando se tratase de fusiones que sin implicar restricciones a la libre concurrencia mejorasen la estructura productiva u organizativa de las empresas que se integrasen en beneficio de la economía nacional, el tratamiento era de exención parcial. La beligerancia era doble, pues aún dentro de este grupo selecto de fusiones, la exención fiscal podía oscilar entre el 1 y el 99 por 100, según la valoración otorgada en el correspondiente expediente administrativo.

VII.2.- Ámbito del régimen fiscal especial

La delimitación del ámbito de aplicación del régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 exige su análisis desde las siguientes perspectivas:

- En cuanto a la tipología de las entidades intervinientes, de acuerdo con el Anexo de la norma comunitaria, figuran en España, junto a las mercantiles “sociedad anónima”, “sociedad comanditaria por acciones” y “sociedad de responsabilidad limitada”, las nacidas del derecho administrativo: “entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado”. La norma interna española “parece dar el significado más amplio. Habla de Entidades, término que según el Impuesto sobre Sociedades, son todas las que tengan personalidad jurídica, nacidas del derecho privado o público y concretamente dice refiriéndose a la absorbente, beneficiaria o adquirente, que “entrega sus títulos representativos del capital social”, lo cual es desde luego un término más amplio que el de acciones”²⁹.

Además, la Disposición Adicional primera de la Ley 43/1995 señala que “el régimen tributario previsto en el capítulo VIII del título VIII de esta Ley será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en el artículo 97 de esta Ley”.

Finalmente, el artículo 108.2. del mencionado texto legal establece que “el régimen previsto en el presente capítulo (capítulo VIII) se aplicará a las aportaciones de ramas de actividad, y las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales en las que concurren los requisitos previstos en apartado anterior (aportaciones no dinerarias) efectuadas por personas físicas, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.

- Desde un punto de vista territorial, frente a la restricción contenida en la disposición comunitaria, que obligaba al legislador español únicamente a incorporar la regulación para aquellas operaciones de concentración empresarial en cuanto fueran realizadas entre entidades domiciliadas en diferentes Estados miembros de la Comunidad Europea, “los principios tributarios sobre los que está cons-

²⁹ ARNAU ZOROA, Francisco: “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de acciones (Derecho español Ley 29/1991 - directiva comunitaria 90/434/CEE). Gaceta Fiscal. Pág. 194.

truida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras³⁰. Aún más, el apartado 2 del artículo 1 de la derogada Ley 29/1991 establecía que “lo dispuesto en este título será de aplicación, con las condiciones y requisitos establecidos en el mismo, a las operaciones a que se refiere el número anterior, cuando se realicen por entidades residentes en España o cuando intervengan en ellas entidades residentes en diferentes países”, los cuales deben entenderse como comunitarios y no comunitarios³¹.

Esta “extensión” del ámbito espacial de aplicación del régimen fiscal común se ha visto “recortada” por la nueva regulación contenida en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre en cuanto el régimen fiscal de canje de valores, contenido en el artículo 101 de dicho texto legal únicamente será aplicable cuando los socios que realicen el canje de valores y las entidades, adquirente y participada, “residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea”.

- Finalmente, en cuanto a las operaciones societarias consideradas a estos efectos de reestructuración empresarial, la norma de incorporación contempla la fusión, la escisión, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores representativos del capital social. Esta amplia delimitación objetiva sugiere, no obstante, las siguientes consideraciones:
 - a) Quedarían, únicamente, fuera de este elenco de operaciones, la de transformación, dado que al no existir traspaso de patrimonio, tampoco se generan plusvalías y por tanto su inclusión resulta innecesaria, y las de disolución pura y simple, por el único motivo de que el legislador ha querido excluirlas por cuanto no suponen una continuidad de empresa³².
 - b) El artículo 97.2. b) de la Ley 43/1995 define, al igual que anteriormente lo hacía la letra b) del apartado 2 del Artículo 2 de la derogada Ley 29/1991, contempla la “escisión parcial”³³, operación definida como aquella por la cual “una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior”³⁴.

30 Exposición de motivos de la Ley 29/91.

31 No obstante, señala POLO SORIANO, Alfonso: “los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre y su ámbito de aplicación. Noticias CEE. Pág. 133., que esta extensión voluntaria del ámbito territorial de aplicación es la que obliga a la Ley 29/1991, “bajo la apariencia de un régimen fiscal único para este tipo de operaciones, contenga en realidad dos esquemas impositivos muy distintos según intervengan en las mismas sociedades residentes en España o en la Comunidad, de una parte, o según intervengan en las sociedades residentes en terceros países o incluso existan bienes vinculados a establecimientos permanentes situados fuera de la Comunidad, de otra”.

32 POLO SORIANO, Alfonso: “los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991...”. Op. cit. Pág. 135.

33 Inicialmente la Ley 43/95 se refería a la escisión total y parcial. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social incorpora al artículo 97.2. de la Ley 43/1995 la denominada escisión “financiera”, por la que una entidad segrega una parte una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieren la mayoría del capital social de las mismas y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones

34 La “escisión parcial” exige la concurrencia de tres elementos fundamentales:

- Que la sociedad escindida no se disuelve ni extingue sino que sólo traspasa parte de su patrimonio continuando su actividad con el resto.

Este concepto no aparece citado ni definido en la Directiva 90/434/CEE entre las operaciones a las que debe ser aplicado el régimen fiscal regulado en la misma. Tal omisión obedece a que la escisión parcial no es una institución general en todos los Estados miembros y por ello tampoco aparece regulada en la Sexta Directiva referente a la escisión de sociedades anónimas, que sólo se refiere a ella de forma muy tangencial como “otra operación; asimilada a la escisión” en su artículo 25 para prever la aplicación analógica de la normativa relativa a la escisión cuando la legislación de un Estado miembro permita una de las operaciones mencionadas en su artículo 1 (escisión) sin que la sociedad escindida deje de existir”. Esta figura al no contemplarse expresamente en la Directiva se entiende englobada en la operación de “aportación de activos”.

- Se exige que la parte de patrimonio que se segregue forme una “rama de actividad, requisito exigido tanto para la “aportación de activos” como para la “escisión parcial”. Sin embargo, no se exige en relación con la “escisión total”, lo cual puede provocar en los casos en los que no resulten suficientemente claro que se cumple la condición de que el patrimonio escindido constituye una unidad económica autónoma se “reconviertan” en operaciones de “escisión total” con eludir tal restricción impuesta a las “escisiones parciales”.

No obstante, en los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad. Con tal previsión se evita que determinados supuestos que más se asimilan a una disolución de la entidad y adjudicación de su patrimonio entre los socios que a una operación de reestructuración empresarial, puedan acogerse al régimen de diferimiento.³⁵

A estos efectos se entiende como rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar con sus propios medios, pudiendo atribuirse a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o funcionamiento de los elementos que se traspan³⁶.

- Que la sociedad escindida debe reducir su capital social y reservas proporcionalmente al valor del patrimonio escindido.

- Que las acciones que a cambio debe entregar la sociedad beneficiaria son entregadas directamente a los socios que ven reducida su participación en la escindida sin que quepa que ésta mantenga en su activo las acciones de las sociedades beneficiarias.

La delimitación con la operación de “aportación de activos” reside en dos notas fundamentales:

- En la sociedad escindida parcialmente hay reducción de capital social, operación societaria que no se produce en la sociedad aportante.

- Los socios de la entidad escindida “permutan” las participaciones en ésta por participaciones en la sociedad destinataria de la rama de actividad escindida. La contraprestación de la “aportación de activos” es recibida por la sociedad aportante.

No obstante, esta delimitación únicamente puede tener trascendencia en el ámbito mercantil, ya que fiscalmente ambas operaciones, la escisión parcial y la aportación no dineraria de ramas de actividad están incluidas en el ámbito del art. 2 de la Ley 29/1991.

³⁵ Se trata de una restricción introducida como número 2 del apartado 2 del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social

³⁶ Este concepto está comprendido en el artículo 97.4. de la Ley 43/1995, el cual recibió nueva redacción a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, consistiendo la modificación en la exigencia partir del 1 de enero de 1999 en la exigencia de la existencia de una explotación económica tanto en sede tanto del transmitente como del adquirente.

- Finalmente, el artículo 108 de dicho texto legal regula las aportaciones no dinerarias especiales por las que, si una vez realizada la aportación se tiene una participación en la entidad adquirente de los bienes de al menos el 5 por 100 de su capital social, dicha aportación podrá disfrutar del régimen especial establecido en la Ley 43/1995 aún cuando dicha aportación no constituya realmente una rama de actividad, lo cual contribuirá a solventar una gran parte de los supuestos dudosos que pudieran plantearse en la realidad.

VII. 3.- Contenido del régimen fiscal especial

El régimen fiscal especial contenido en Capítulo VIII del Título VIII se asienta en los siguientes elementos básicos:

- No integración en la base imponible de las rentas fiscales que se pongan de manifiesto con ocasión de la operación societaria por diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable corregido.
- Continuidad en los criterios de valoración la cual se pone claramente de manifiesto en el artículo 99 de la Ley 43/1995 cuando señala que los elementos transferidos mantendrán “igualmente la ficha de la adquisición a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 15.11 de esta Ley”.
- Admisión, a diferencia de la derogada Ley 29/1991, de la traslación de las bases imponibles pendiente de compensación en el momento de efectuarse la operación. Con el objeto de evitar que una misma pérdida sea compensada doblemente, el artículo 104.3. limita el ejercicio de este derecho en dos supuestos³⁷:
 - a) Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, por la parte de la base imponible negativa que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios y su valor contable.
 - b) Cuando se trate de pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente, o la depreciación de la participación de otra entidad en esta última cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio
- Diferimiento, igualmente, de la renta que se pueda producir en los socios, personas físicas o jurídicas, por la diferencia entre el valor real de los valores recibidos y el valor de lo entregado, como consecuencia de la atribución de los correspondientes valores³⁸.

37 Nueva redacción por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

38 Consciente de esta situación el artículo 109 de la Ley 43/1995 establece unas normas con el objeto de evitar las situaciones de doble imposición que pueden producirse en situaciones de aportaciones de activos, canje de valores o aportaciones especiales (artículo 108):

“1. A los efectos de evitar la doble imposición que pudiera producirse por aplicación de las reglas de valoración previstas en los artículos 100, 101.2 y 108 de esta Ley se aplicarán las siguientes normas:

a) Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos a que se refiere el artículo 28.2 de esta Ley, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio.

b) Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados tendrán derecho a la deducción por doble imposición internacional de dividendos cualquiera que sea el grado de participación del socio.

La depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios a que se refiere el párrafo anterior, será fiscalmente deducible, cualquiera que sea el grado de participación del socio.

VII.4.- Restricciones a la aplicación del régimen fiscal especial

Atendiendo a la residencia del adquirente y transmitente y coherentemente con la disposición comunitaria, la normativa española en el artículo 98 de la Ley 43/1995, regula los supuestos de aplicación del régimen de diferimiento sobre la base de tres elementos de vinculación territorial -España- resto de la Unión Europea y terceros países-combinados con tres diferentes posición en la operación- transmitente, situación de los bienes y adquirente-. Los supuestos en los que no se produce la suspensión de gravamen se justifican por razón de garantía de los intereses de la Hacienda Pública. Por esta razón se someten a tributación las transmisiones de bienes situados fuera del territorio español efectuadas por transmitentes residentes cuando el adquirente sea un no residente. Por excepción, impuesta por el transcrito artículo 10 de la Directiva, opera el régimen de diferimiento respecto de los bienes situados en la CEE y adquirente igualmente residente en un Estado miembro³⁹.

En cuanto a la renuncia al régimen especial se aprecia una diferencia sustancial en el contenido de su alcance en la regulación actual en España -artículo 98.2. de la Ley 43/1995- en relación a la que establecía el artículo 4.2. de la derogada Ley 29/1991, por cuanto en esta última la renuncia era total, es decir, el ejercicio de la misma suponía que la entidad transmitente debía integrar en su base imponible la renta total que se hubiese generado con ocasión de la realización de cualquiera de estas operaciones. Por el contrario, la nueva regulación del derecho de renuncia permite que la misma pueda ser tanto total como parcial.

Desde el punto de vista del socio, la normativa española establece la no aplicación del régimen de diferimiento o, en su caso, la aplicación anticipada del gravamen inicialmente aplazado en los siguientes casos:

- Cuando el socio no resida en algún Estado miembro de la Unión Europea y los títulos recibidos sean representativos de participaciones en el capital social de una entidad no residente⁴⁰.
- El artículo 102.3. dispone en relación con las operaciones de fusión y escisión que “en el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto del periodo impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles”. En idénticos términos se pronuncia el artículo 101.4. en relación al canje de valores.

Contempla, no obstante, la norma española un supuesto de no sujeción, impuesto por la Directiva, en cuanto renuncia a gravar las rentas manifestadas en un socio residente en otro Estado de la Unión Europea el canje de títulos representativos de la participación en una sociedad dominada residente por títulos representativos de la participación en una sociedad dominante residente en otro Estado miembro.

2 Cuando por la forma en como contabilizó la entidad adquirente no hubiera sido posible evitar la doble imposición por aplicación de las normas previstas en el apartado anterior dicha entidad practicará, en el momento de su extinción, los ajustes de signo contrario a los que hubiere practicado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 100, 101.2 y 108 de esta Ley.

39 Artículo 98. 1. d) de la Ley 43/1995, según redacción dada por la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

40 Artículo 102.1. para operaciones de fusión y escisión ,y artículo 101.1.a) para operaciones de canje de valores.

Referido “el exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el establecimiento permanente en los siete ejercicios anteriores” la normativa española, en el artículo 106 de la Ley 43/1995 prevé este régimen particular

Finalmente, el artículo 110 de la Ley 43/1995, en concordancia con la norma comunitaria contempla que cuando como consecuencia de la comprobación administrativa se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen fiscal especial.